# كتابُ الشُّفْعَةِ

وهى اسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ / انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ المُنْتَقِلَةِ عنه مِن يَدِ مَن انْتَقَلَتْ إليه . ٥/٢٩و

وهى ثابتَةٌ بالسُّنَّةِ والإِجْمَاعِ ؛ أمَّا السُّنَّةُ ، فما رَوَى[1] جابرٌ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فلا شُفْعَةَ . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ولِمُسْلِمٍ قال : قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفْعَةِ فى كلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ؛ رَبْعَةٍ[3] ، أو حائِطٍ ، لا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حتى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ . فإن شاءَ أخَذَ ، وإن شَاءَ تَرَكَ ، فإن باعَ ولم يَسْتَأْذِنْهُ فهو أحَقُّ به . ولِلْبُخَارِىِّ : إنَّما جَعَلَ رسولُ اللهِ ﷺ الشُّفْعَةَ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فلا شُفْعَةَ . وأمَّا الإِجْمَاعُ ، فقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على إثْباتِ الشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ الذى لم يُقَاسِمْ ، فيما بِيعَ من أرْضٍ أو دارٍ أو حائِطٍ . والمَعْنَى فى ذلك أنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا أرادَ أن يَبِيعَ نَصِيبَه ، وتَمَكَّنَ من بَيْعِه لِشَرِيكِه ، وتَخْلِيصِه ممَّا كان بصَدَدِه[4] من تَوَقُّعِ

---

(١) فى م زيادة : « عن » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الشريك من شريكه ، وباب بيع الأرض والدور والعروض ، من كتاب البيوع ، وفى : باب الشفعة ما لم يقسم ... ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب الشركة فى الأرضين ، وباب إذا اقتسم الشركاء ... ، من كتاب الشركة . صحيح البخارى ٣ / ١٠٤ ، ١١٤ ، ١٨٣ . ومسلم ، فى : باب الشفعة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢ / ٢٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء إذا أحدت الحدود ... ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣١ . والنسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٦ ، ٣١٦ ، ٣٧٢ ، ٣٩٩ .

(٣) الربعة : الدار والمسكن ومطلق الأرض .

(٤) فى م : « بصده » .

الخَلَاصِ والاسْتِخْلَاصِ ، فالذى يَقْتَضِيهِ حُسْنُ العِشْرَةِ ، أن يَبِيعَه منه ، لِيَصِلَ إلى غَرَضِه من بَيْعِ نَصِيبِه ، وتَخْلِيصِ شَرِيكِه من الضَّرَرِ ، فإذا لم يَفْعَلْ ذلك ، وبَاعَهُ لأَجْنَبِىٍّ ، سَلَّطَ الشَّرْعُ الشَّرِيكَ على صَرْفِ ذلك إلى نَفْسِه . ولا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَ هذا إلَّا الأَصَمَّ ، فإنَّه قال : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ فى ذلك إضْرَارًا بأَرْبَابِ الأَمْلَاكِ ، فإنَّ المُشْتَرِىَ إذا عَلِمَ أنَّه يُؤْخَذُ منه إذا ابْتَاعَهُ ، لم يَبْتَعْهُ ، ويَتَقَاعَدُ الشَّرِيكُ عن الشِّرَاءِ ، فيَسْتَضِرُّ المالِكُ . وهذا ليس بشىءٍ ؛ لِمُخَالَفَتِه الآثَارَ الثابِتَةَ والإجْمَاعَ المُنْعَقِدَ قبلَه . والجَوَابُ عمَّا ذَكَرَه من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّا نُشَاهِدُ الشُّرَكَاءَ يَبِيعُونَ ، ولا يُعْدَمُ مَنْ يَشْتَرِى منهم غيرَ شُرَكَائِهِم ، ولم يَمْنَعْهُم اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ من الشِّرَاءِ . الثانى ، أنَّه يُمْكِنُه إذا لَحِقَتْه بذلك مَشَقَّةٌ أن يُقَاسِمَ ، فَيَسْقُطَ اسْتِحْقَاقُ الشُّفْعَةِ ، واشْتِقَاقُ الشُّفْعَةِ من الشَّفْعِ[5] ، وهو الزَّوْجُ ، فإنَّ الشَّفِيعَ كان نَصِيبُه مُنْفَرِدًا فى مِلْكِه ، فبالشُّفْعَةِ يَضُمُّ المَبِيعَ إلى مِلْكِه فيَشْفَعُهُ به . وقِيلَ : اشْتِقَاقُها من الزِّيَادَةِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَزِيدُ المَبِيعَ فى مِلْكِهِ .

**٨٧١** – مسألة ؛ قال أبو القاسم : ( **وَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ إلَّا لِلشَّرِيكِ الْمُقَاسِمِ ، فَإذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ** )

٥/٢٩ظ وجُمْلَةُ ذلك أنَّ الشُّفْعَةَ تَثْبُتُ على[1] خِلَافِ الأَصْلِ ، إذ هى انْتِزَاعُ مِلْكِ المُشْتَرِى / بغيرِ رِضَاءٍ منه ، وإجْبَارٌ له على المُعَاوَضَةِ ، مع ما ذَكَرَهُ الأَصَمُّ ، لكنْ أثْبَتَها الشَّرْعُ لِمَصْلَحَةٍ رَاجِحَةٍ ، فلا تَثْبُتُ إلَّا بِشُرُوطٍ أَرْبَعَةٍ : أحدها ، أن يكونَ المِلْكُ مُشَاعًا غيرَ مَقْسُومٍ ، فأمَّا الجارُ فلا شُفْعَةَ له . وبه قال عمرُ ، وعثمانُ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، وسَعِيدُ ابن المُسَيَّبِ ، وسُلَيْمانُ بن يَسَارٍ ، والزُّهْرِىُّ ، ويحيى الأَنْصَارِىُّ ، وأبو الزِّنَادِ ، ورَبِيعَةُ ، والمُغِيرَةُ بن عبد الرحمنِ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشَّافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو

---

(٥) فى ب : « المشفع » .

(١) فى ب : « فى » .

ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وقال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ : الشُّفْعَةُ بالشَّرِكَةِ ، ثم بالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ ، ثم بالجِوَارِ . وقال أبو حنيفةَ : يُقَدَّمُ الشَّرِيكُ ، فإن لم يَكُنْ ، وكان الطَّرِيقُ مُشْتَرَكًا ، كَدَرْبٍ لا يَنْفُذُ ، تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ لجَمِيعِ أهْلِ الدَّرْبِ ، الأَقْرَبِ فالأَقْرَبِ ، فإن لم يَأْخُذُوا ، ثَبَتَتْ لِلمُلَاصِقِ من دَرْبٍ آخَرَ خاصَّةً . وقال العَنْبَرِىُّ ، وسَوَّارٌ : تَثْبُتُ بالشَّرِكَةِ فى المِلْكِ[2] ، وبالشَّرِكَةِ فى الطَّرِيقِ . واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو رَافِعٍ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الْجَارُ أحَقُّ بِصَقَبِهِ[3] » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ وأبو دَاوُدَ[4] . ورَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « جَارُ الدَّارِ أحَقُّ بالدَّارِ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِىُّ[5] . قال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . ورَوَى[6] التِّرْمِذِىُّ فى حَدِيثِ جَابِرٍ[7] : « الْجَارُ أحَقُّ بِدَارِهِ بِشُفْعَتِهِ[8] يُنْتَظَرُ بِهِ إذَا كَانَ غَائِبًا ، إذَا

---

(2) فى م : « المال » .

(3) الصقب : القرب .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع ، من كتاب الشفعة ، وفى : باب فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى 3 / 115 ، 9 / 35 . وأبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب ذكر الشفعة وأحكامها ، من كتاب البيوع . المجتبى 7 / 281 ، 282 . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه 2 / 833 ، 834 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 389 ، 390 ، 6 / 10 ، 390 .

(5) فى : باب ما جاء فى الشفعة ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى 6 / 129 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 388 ، 5 / 8 ، 12 ، 13 ، 17 ، 18 .

(6) فى ب ، م : « ورواه » .

(7) تقدم تخريجه عنه فى أول الباب ، عن أبى داود ، كما أخرجه فى : باب ما جاء فى الشفعة للغائب ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى 6 / 130 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2 / 256 . وابن ماجه ، فى : باب الشفعة والجوار ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه 2 / 833 . والدارمى ، فى : باب فى الشفعة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى 2 / 273 .

(8) سقط من : م .

كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا » . وقال حَدِيثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه اتِّصَالُ مِلْكٍ يَدُومُ وَيتَأَبَّدُ ، فَتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ به[9] ، كالشَّرِكَةِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ ، فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ »[10] . ورَوَى ابن جُرَيْجٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، أو عن أبي سَلَمَةَ ، أو عنهما ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « إِذَا قُسِمَتِ الْأَرْضُ ، وحُدَّتْ ، فلا شُفْعَةَ فيها » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[11] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ في مَوْضِعِ الوِفَاقِ على خِلَافِ الأَصْلِ ، لِمَعْنًى مَعْدُومٍ في مَحلِّ النِّزَاعِ ، فلا تَثْبُتُ فيه ، وبَيَانُ انْتِفاءِ المَعْنَى ، هو أنَّ الشَّرِيكَ رُبَّما دَخَلَ عليه شَرِيكٌ ، فيَتَأَذَّى به ، فتَدْعُوهُ الحاجَةُ إلى مُقَاسَمَتِه أو يَطْلُبُ[12] الدَّاخِلُ المُقَاسَمَةَ ، فيَدْخُلُ الضَّرَرُ على الشَّرِيكِ بنَقْصِ قِيمَةِ مِلْكِه ، وما يَحْتَاجُ إلى إِحْدَاثِه من المَرَافِقِ ، وهذا لا يُوجَدُ في المَقْسُومِ . فأمَّا حَدِيثُ أبي رَافِعٍ ، فليس بِصَرِيحٍ في الشُّفْعَةِ ، فإنَّ الصَّقَبَ القُرْبُ . يقال بالسِّينِ والصَّادِ . قال الشاعِرُ[13] :

٣٠/٥ و

/ كُوفِيَّةٌ نازِحٌ مَحِلَّتُها لا أَمَمٌ دارُها ولا صَقَبُ

فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بإحْسَانِ جارِه وصِلَتِه وعِيَادَتِه ونحوِ ذلك . وخَبَرُنا صَرِيحٌ صَحِيحٌ ، فيُقَدَّمُ ، وبَقِيَّةُ الأحَادِيثِ في أسَانِيدِها مَقَالٌ ، فحَدِيثُ سَمُرَةَ يَرْوِيهِ عنه الحَسَنُ ، ولم يَسْمَعْ منه إلَّا حَدِيثَ العَقِيقَةِ . قالَه أصْحَابُ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : الثابتُ عن رسولِ الله ﷺ حَدِيثُ جابرٍ ، الذي رَوَيْناهُ ، وما عَداهُ من الأحَادِيثِ فيها مَقَالٌ . على أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه أرَادَ بالجارِ الشَّرِيكَ ؛ فإنَّه جَارٌ أيضا ، [14]ويُسَمَّى كلُّ واحِدٍ من الزَّوْجَيْنِ جارًا ، قال الشاعِرُ :

أجَارَتَنَا بِينِي فإنَّكِ طَالِقَهْ كذَاكَ أُمُورُ النَّاسِ غادٍ وطَارِقَهْ

---

(9) سقط من : ب .

(10) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(11) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(12) فى الأصل ، م : « يطالب » .

(13) هو ابن قيس الرقيات ، والبيت فى ديوانه ٢ .

(14) من هنا إلى قوله : « الأعشى » سقط من : الأصل ، ب .

قالَه[١٥] الأَعْشَى . وتُسَمَّى الضَّرَّتانِ جارَتَيْنِ ؛ لِاشْتِرَاكِهما فى الزَّوْجِ . قال حَمَلُ ابن مالِكٍ : كنتُ بين جَارَتَيْنِ لى ، فضَرَبَتْ إحْدَاهُما الأُخْرَى بِمِسْطَحٍ[١٦] ، فقَتَلَتْها وجَنِينَها . وهذا يُمْكِنُ فى تأْوِيلِ حَدِيثِ أبى رَافِعٍ أيضا . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين كَوْنِ الطَّرِيقِ مُفْرَدَةً أو مُشْتَرَكَةً . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابن القاسِمِ ، فى رَجُلٍ له أَرْضٌ تَشْرَبُ هى وأَرْضُ غيرِه من نَهْرٍ واحِدٍ : ولا شُفْعَةَ له من أجْلِ الشُّرْبِ ، إذا وَقَعتِ الحُدُودُ فلا شُفْعَةَ . وقال ، فى رِوَايةِ أبى طَالِبٍ ، وعبدِ اللهِ ، ومُثَنَّى ، فى مَن لا يَرَى الشُّفْعَةَ بالجِوَارِ ، وقُدِّمَ إلى الحاكِمِ فأنْكَرَ : لم يَحْلِفْ ، إنَّما هو اخْتِيَارٌ ، وقد اخْتَلَفَ الناسُ فيه . قال القاضى : إنَّما هذا لأنَّ يَمِينَ المُنْكِرِ هٰهُنَا على القَطْعِ والبَتِّ ، ومَسَائِلُ الاجْتِهادِ مَظْنُونَةٌ ، فلا يُقْطَعُ بِبُطْلَانِ مَذْهَبِ المُخَالِفِ . ويُمْكِنُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ هٰهُنا على الوَرَعِ ، لا على التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه يَحْكُمُ بِبُطْلَانِ مذهبِ المُخَالِفِ . ويجوزُ لِلْمُشْتَرِى الامْتِنَاعُ به من تَسْلِيمِ المَبِيعِ ، فيما بَيْنَهُ وبين اللهِ تعالى .

**فصل** : الشَّرْطُ الثانى ، أن يكونَ المَبِيعُ أَرْضًا ؛ لأنَّها التى تَبْقَى على الدَّوَامِ ، ويَدُومُ ضَرَرُها ، وأمَّا غيرُها فيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أحدُهما ، تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تَبَعًا للأَرْضِ ، وهو البِنَاءُ والغِرَاسُ يُبَاعُ مع الأَرْضِ ، فإنَّه يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ تَبَعًا للأَرْضِ ، بغيرِ خِلَافٍ فى المَذْهَبِ ، ولا نَعْرِفُ فيه بينَ مَن أَثْبَتَ الشُّفْعَةَ خِلَافًا . وقد دَلَّ عليه[١٧] قولُ النبىِّ ﷺ ، وقَضَاؤُه بالشُّفْعَةِ فى كُلِّ شِرْكٍ لم يُقْسَمْ ، رَبْعَةٍ أو حائِطٍ[١٨] . وهذا يَدْخُلُ فيه البِنَاءُ والأَشْجارُ[١٩] . القسم الثانى ، مالا تَثْبُتُ فيه الشُّفْعَةُ تَبَعًا ولا مُفْرَدًا ، وهو الزَّرْعُ

---

(١٥) فى م : « قال » .

والبيت للأعشى فى ديوانه ٢٦٣ .

(١٦) المسطح : عمود الخباء ، وانظر الحديث عند أبى داود ٢/٤٩٨ ، والنسائى ٨/٥١، ٥٢ .

(١٧) فى ب : « على ذلك » .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(١٩) فى ب : « والغراس » .

والثَّمرةُ الظاهِرَةُ تُباعُ مع الأَرضِ ؛ فإنَّه لا يُؤْخذُ بالشُّفْعَةِ مع الأَصْلِ . و بهذا قال الشّافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : يُؤْخَذُ ذلك / بالشُّفْعَةِ مع أُصُولِه ؛ لأنَّه مُتَّصِلٌ بما فيه الشُّفْعَةُ ، فيَثْبُتُ فيه الشُّفْعةُ تَبَعًا[20] ، كالبِنَاءِ والغِرَاسِ . ولَنا ، أنَّه لا يَدْخُلُ فى البَيْعِ تَبَعًا ، فلا يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ ، كقُمَاشِ الدَّارِ ، وعَكْسُه البِنَاءُ والغِرَاسُ ، وتَحْقِيقُه أنَّ الشُّفْعَةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشّارِعَ جَعَلَ له سُلْطَانَ الأَخْذِ بغيرِ رِضَى المُشْتَرِى ، فإن بِيعَ الشَّجَرُ وفيه ثَمَرَةٌ غيرُ ظَاهِرَةٍ ، كالطَّلْعِ غيرِ المُؤَبَّرِ ، دَخَلَ فى الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى البَيْعِ ، فأَشْبَهَتِ الغِرَاسَ فى الأَرْضِ . وأمَّا ما بِيعَ مُفْرَدًا من الأَرْضِ ، فلا شُفْعَةَ فيه ، سواءٌ كان ممَّا يُنْقَلُ ، كالحَيوانِ والثِّيابِ والسُّفُنِ والحِجَارَةِ والزَّرْعِ والثِّمارِ ، أو لا يُنْقَلُ ، كالبِنَاءِ والغِرَاسِ إذا بِيعَ مُفْرَدًا . وبهذا قال الشّافِعِيُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْى . ورُوِىَ عن الحَسَنِ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزَاعِىِّ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقَتَادَةَ ، ورَبِيعَةَ ، وإسحاقَ : لا شُفْعَةَ فى المَنْقُولَاتِ . واخْتَلَفَ[21] عن مالِكٍ وعَطَاءٍ ، فقالا مَرَّةً كذلك ، ومَرَّةً قالا : الشُّفْعَةُ فى كلِّ شىءٍ ، حتى فى الثَّوْبِ . قال ابنُ أبى موسى : وقد رُوِىَ عن أبى عبدِ الله رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشُّفْعَةَ واجِبَةٌ فيما لا يَنْقَسِمُ كالحِجَارَةِ والسَّيْفِ والحَيَوانِ ، وما فى مَعْنَى ذلك . قال أبو الخَطَّابِ : وعن أحمدَ رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الشُّفْعةَ تَجِبُ فى البِنَاءِ والغِرَاسِ ، وإن بِيعَ مُفْرَدًا[22] . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لِعُمُومِ قولِه عليه السلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ » . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لِدَفْعِ[23] الضَّرَرِ ، وحُصُولُ الضَّرَرِ بالشَّرِكَةِ فيما لا يَنْقَسِمُ أَبْلَغُ منه فيما يَنْقَسِمُ ، ولأنَّ ابنَ أبى مُلَيْكَةَ رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الشُّفْعَةُ فِى كُلِّ شَىْءٍ »[24] . ولَنا ، أنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ ، فَإذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ ، فَلَا شُفْعَةَ » . لا يَتَنَاوَلُ إلَّا ما ذَكَرْنَاهُ ، وإنَّما أَرَادَ مالًا

٥/٣٠ ظ

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) أى النقل .

(٢٢) فى الأصل : « منفردا » .

(٢٣) فى ب : « لرفع » .

(٢٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء أن الشريك شفيع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦ / ١٣٤ .

يَنْقَسِمُ من الأَرْضِ ، بِدَلِيلِ قوله : « فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ ، وصُرِّفَتِ الطُّرُقُ » . ولأنَّ هذا ممَّا لا يَتَبَاقَى على الدَّوَامِ ، فلا تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ ، كصُبْرَةِ الطَّعَامِ ، وحَدِيثُ ابنِ أبي مُلَيْكَةَ مُرْسَلٌ ، لم يَرِدْ[25] فى الكُتُبِ المَوْثُوقِ بها ، والحُكْمُ فى الغِرَافِ[26] والدُّولابِ والنَّاعُورَةِ ، كالحُكْمِ فى البِنَاءِ . فأمَّا إن بِيعَتِ الشَّجَرَةُ مع قَرَارِهَا من الأَرْضِ ، مُفْرَدَةً عمَّا يَتَخَلَّلُها من الأَرْضِ ، فحُكْمُها حُكْمُ مالا يَنْقَسِمُ من العَقَارِ ، ولأنَّ هذا ممَّا لا يَنْقَسِمُ ، على ما سَنَذْكُرُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ القَرَارَ تابعٌ لها ، فإذا لم تَجِب الشُّفْعَةُ فيها مُفْرَدَةً ، / لم تَجِبْ فى[27] تَبَعِها . وإن بِيعَتْ حِصَّةٌ من عُلْوِ دَارٍ مُشْتَرَكٍ نَظَرْتَ ؛ فإن كان السَّقْفُ الذى تَحْتَه لِصَاحِبِ السُّفْلِ ، فلا شُفْعَةَ فى العُلْوِ ؛ لأنَّه بِنَاءٌ مُفْرَدٌ ، وإن كان لِصَاحِبِ العُلْوِ ، فكذلك ؛ لأنَّه بِنَاءٌ مُنْفَرِدٌ لِكَوْنِه لا أَرْضَ له ، فهو كما لو لم يَكُنِ السَّقْفُ له . ويَحْتَمِلُ ثُبُوتُ الشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ له قَرَارًا ، فهو كالسُّفْلِ .

٣١/٥ و

**فصل** : الشَّرط الثالث ، أن يكونَ المَبِيعُ ممَّا يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، فأمَّا مالا يُمْكِنُ قِسْمَتُه من العَقَارِ ، كالحَمَّامِ الصَّغِيرِ ، والرَّحَى الصَّغِيرَة ، والعِضَادَةِ[28] ، والطَّرِيقِ الضَّيِّقَةِ ، والعِرَاصِ[29] الضَّيِّقَةِ ، فعن أحمدَ فيها رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا شُفْعَةَ فيه . وبه قال يحيى بن سَعِيدٍ ، ورَبِيعَةُ ، والشَّافِعِيُّ . والثانية ، فيها الشُّفْعَةُ . وهو قول أبي حنيفةَ ، والثَّوْرِيِّ ، وابنِ سُرَيْجٍ . وعن مالِكٍ كالرِّوَايَتَيْنِ . وَوَجْهُ هذا عُمُومُ قولِه عليه السَّلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لم يُقْسَمْ » . وسائِرُ الألْفَاظِ العَامَّةِ ، ولأنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لإِزَالَةِ ضَرَرِ المُشَارَكَةِ ، والضَّرَرُ فى هذا النَّوْعِ أكْثَرُ ؛ لأنَّه يَتَأَبَّدُ ضَرَرُه . والأَوَّلُ ظاهِرُ المَذْهَبِ ،

---

(٢٥) فى الأصل : « يرو » .

(٢٦) فى ب ، م : « الغراق » . والغراف : ما يغرف به .

(٢٧) فى م : « فيما » .

(٢٨) عضادتا النَّير : خشبتان تكونان على جانبيه ، وعضادتا الباب : خشبتان منصوبتان مثبتتان فى الحائط على جانبيه .

(٢٩) فى الأصل : « المعراص » .

لما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا شُفْعَةَ فِى فِنَاءٍ ، ولَا طَرِيقٍ ، ولَا مَنْقَبَةٍ »[٣٠] . والمَنْقَبَةُ : الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ . رَوَاهُ أبو الخَطَّابِ فى « رُءُوسِ المسَائِلِ » . وروى عن عُثْمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا شُفْعَةَ فى بِئْرٍ ولا فَحْلٍ[٣١] . ولأنَّ إثْبَاتَ الشُّفْعَةِ فى هذا يَضُرُّ بالبائِعِ ؛ لأنَّه لا يُمكِنُه أن يَتَخَلَّصَ من إثْباتِ الشُّفْعَةِ فى نَصِيبِه بالقِسْمَةِ ، وقد يَمْتَنِعُ المُشْتَرِى لأَجْلِ الشَّفِيعِ ، فيَتَضَرَّرُ البائِعُ ، وقد يَمْتَنِعُ البَيْعُ ، فتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، فيُؤَدِّى إثْبَاتُها إلى نَفْيِها . ويُمْكِنُ أن يُقَالَ : إنَّ الشُّفْعَةَ إنَّما تَثْبتُ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الذى يَلْحَقُه بالمُقَاسَمَةِ ، لما يَحْتَاجُ إليه من إحْدَاثِ المَرَافِقِ الخاصَّةِ ، ولا يُوجَدُ هذا فيما لا يَنْقَسِمُ . وقولُهم : إنَّ الضَّرَرَ هٰهُنا أكْثَرُ لتَأَبُّدِه . قُلْنا : إلَّا أنَّ الضَّرَرَ فى مَحلِّ الوِفَاقِ من غيرِ جِنْسِ هذا الضَّرَرِ ، وهو ضَرَرُ الحاجَةِ إلى إحْدَاثِ المَرافِقِ الخاصَّةِ ، فلا يُمْكِنُ التَّعْدِيَةُ ، وفى الشُّفْعَةِ هٰهُنا ضَرَرٌ غيرُ مَوْجُودٍ فى مَحلِّ الوِفَاقِ[٣٢] ، وهو ما ذَكَرْنَاهُ ، فتَعَذَّرَ الإلْحاقُ ، فأمَّا ما أمْكَنَ قِسْمَتُه ممَّا ذَكَرْنا ، كالحَمّامِ الكَبِيرِ الواسِعِ البُيُوتِ ، بحيثُ إذا قُسِّمَ لم يُسْتَضَرَّ بالقِسْمَةِ ، وأمْكَنَ الانْتِفاعُ به حَمَّامًا ، فإنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فيه ، وكذلك البِئْرُ والدُّورُ والعَضَائِدُ ، متى أمْكَنَ أن يَحْصُلَ من ذلك شَيْئانِ ، كالبِئْرِ يَنْقَسِمُ بِئْرَيْنِ يَرْتَقِى الماءُ منهما ، وَجَبَتِ[٣٣] الشُّفْعَةُ . / وكذلك إن كان مع البِئْرِ بَيَاضُ أرْضٍ ، بحيثُ يَحْصُلُ البِئْرُ فى أحَدِ النَّصِيبَيْنِ ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ أيضا ؛ لأنَّه تُمْكِنُ القِسْمَةُ . وهكذا الرَّحَى إن كان لها حِصْنٌ يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، بحيثُ يَحْصُلُ الحَجَرانِ[٣٤] فى أحَدِ القِسْمَيْنِ ، أو كان فيها أرْبَعَةُ أحْجَارٍ دائِرَةٌ ، يُمْكِنُ أن يَنْفرِدَ كلُّ واحِدٍ منهما بحَجَرَيْنِ ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ . وإن لم يُمْكِنْ إلَّا أن يَحْصُلَ لكلِّ واحِدٍ منهما ما لا[٣٥]

٣١/٥ ظ

---

(٣٠) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، فى : باب هل فى الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٧٨ .

(٣١) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٢) فى ب : « النزاع » .

(٣٣) فى الأصل : « أوجبت » .

(٣٤) فى م : « الحجر » .

(٣٥) فى م : « لم » .

يَتَمَكَّنُ به[٣٦] من إِبْقَائِهارَحًى ، لم تَجِبِ الشُّفْعَةُ . فأَمَّا الطَّرِيقُ ، فإنَّ الدَّارَ إذا بِيعَتْ ولها طَرِيقٌ فى شارِعٍ أو دَرْبٍ نافِذٍ ، فلا شُفْعَةَ فى تلك[٣٧] الدَّارِ ولا فى الطَّرِيقِ ؛ لأنَّه لا شَرِكَةَ لأَحَدٍ فى ذلك . وإن كان الطَّرِيقُ فى دَرْبٍ غير نافِذٍ ، ولا طَرِيقَ للدَّارِ سِوَى تلك الطَّرِيقِ ، فلا شُفْعَةَ أيضا ؛ لأنَّ إثْبَاتَ ذلك يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ، لأنَّ الدَّارَ تَبْقَى لا طَرِيقَ لها . وإن كان لِلدَّارِ بابٌ آخَرُ ، يُسْتَطْرَقُ منه ، أو كان لها مَوْضِعٌ يُفْتَحُ منه بابٌ لها إلى طَرِيقٍ نافِذٍ[٣٨] ، نَظَرْنا فى طَرِيقِ[٣٩] المَبِيعِ من الدّارِ ، فإن كان مِمَّا[٤٠] لا تُمْكِنُ قِسْمَتُه ، فلا شُفْعَةَ فيه ، وإن كان تُمْكِنُ قِسْمَتُه ، وَجَبَتِ الشُّفْعَةُ فيه ؛ لأنَّه أَرْضٌ مُشْتَرَكَةٌ تَحْتَمِلُ القِسْمَةَ ، فوَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كغيرِ الطَّرِيقِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعَةُ فيها بحالٍ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ المُشْتَرِىَ بتَحْوِيلِ الطَّرِيقِ إلى مكانٍ آخَرَ ، مع ما فى الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ من تَفْرِيقِ[٤١] صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، وأخْذِ بعضِ المَبِيعِ من العَقَارِ دُونَ بعضٍ ، فلم يَجُزْ . كما لو كان الشَّرِيكُ فى الطَّرِيقِ شَرِيكًا فى الدّارِ ، فأَرَادَ أَخْذَ الطَّرِيقِ وَحْدَها . والقولُ فى دِهْلِيزِ الجارِ وصَحْنِه ، كالقولِ فى الطَّرِيقِ المَمْلُوكِ . وإن كان نَصِيبُ المُشْتَرِى من الطَّرِيقِ أَكْثَرَ من حَاجَتِه ، فذَكَرَ القاضى أنَّ الشُّفْعَةَ تَجِبُ فى الزَّائِدِ بكلِّ حالٍ ؛ لِوُجُودِ المُقْتَضِى ، وعَدَمِ المانِعِ . والصَّحِيحُ أنَّه لا شُفْعَةَ فيه ؛ لأنَّ فى ثُبُوتِها تَبْعِيضَ صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، ولا يَخْلُو من الضَّرَرِ[٤٢] .

**فصل** : الشَّرط الرابع ، أن يكونَ الشِّقْصُ[٤٣] مُنْتَقِلًا بِعِوَضٍ ، وأما المُنْتَقِلُ بغير

---

(٣٦) سقط من : م .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٣٨) فى الأصل ، ب : « النافذ » .

(٣٩) فى الأصل ، ب : « الطريق » .

(٤٠) فى ب ، م : « ممرا » .

(٤١) فى ب : « تعويق » . وفى م : « تفويت » .

(٤٢) فى الأصل : « الضر » .

(٤٣) فى م : « شقصا » .

عِوَضٍ ، كالهِبَةِ بغير ثَوَابٍ ، والصَّدَقَةِ ، والوَصِيَّةِ ، والإِرْثِ ، فلا شُفْعَةَ فيه ، فى قول عَامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ ؛ منهم مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن مالِكٍ رِوَايةٌ أُخْرَى فى المُنْتَقِلِ بِهِبَةٍ أو صَدَقَةٍ ، أَنَّ فيه الشُّفْعَةَ ، ويَأْخُذُه الشَّفِيعُ بقِيمَتِه . وحُكِىَ ذلك عن ابنِ أبى لَيْلَى ؛ لأَنَّ الشُّفْعَةَ ثَبَتَتْ لإِزَالَةِ ضَرَرِ الشَّرِكَة ، وهذا مَوْجُودٌ فى / الشَّرِكَةِ كيفما كان ، والضَّرَرُ اللاحِقُ بالمُتَّهِبِ دُونَ ضَرَرِ المُشْتَرِى ؛ لأَنَّ إِقْدَامَ المُشْتَرِى على شِرَاءِ الشِّقْصِ ، وبَذْلَه مالَه فيه ، دَلِيلُ حاجَتِه إليه ، فانْتِزَاعُه منه أَعْظَمُ ضَرَرًا مِن أَخْذِه ممَّن لم يُوجَدْ منه دَلِيلُ الحاجَةِ إليه . ولَنا ، أنَّه انْتَقَلَ بغير عِوَضٍ ، أَشْبَه المِيرَاثَ ، ولأَنَّ مَحلَّ الوِفَاقِ هو البَيْعُ ، والخَبَرُ وَرَدَ فيه ، وليس غيرُه فى مَعْنَاه ؛ لأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُه من المُشْتَرِى بمِثْلِ السَّبَبِ الذى انْتَقَلَ به إليه ، ولا يُمْكِنُ هذا فى غيرِه ، ولأَنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، لا بِقِيمَتِه ، وفى غيرِه يَأْخُذُه بقِيمَتِه ، فافْتَرَقَا . فأمَّا المُنْتَقِلُ بِعِوَضٍ فيَنْقَسِمُ قِسْمَيْنِ ؛ أَحَدهما ، ما عِوَضُه المالُ ، كالبَيْعِ ، فهذا فيه الشُّفْعَةُ بغير خِلَافٍ ، وهو فى حَدِيثِ جابِرٍ ، فإن باعَ ولم يُؤْذِنْهُ فهو أَحَقُّ به . وكذلك كُلُّ عَقْدٍ جَرَى مَجْرَى البَيْعِ ، كالصُّلْحِ بمعنى البَيْعِ ، والصُّلْحِ عن الجِنَايَاتِ المُوجِبَةِ لِلْمالِ ، والهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها [44]ثَوابٌ معلومٌ[44] ؛ لأَنَّ ذلك بَيْعٌ ثَبَتَتْ فيه أَحْكَامُ البَيْعِ ، وهذا منها ، وبه يقول مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حنيفةَ وأَصْحَابَه قالوا : لا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فى الهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها ثَوَابٌ حتى يَتَقَابَضَا ؛ لأَنَّ الهِبَةَ لا تَثْبُتُ إِلَّا بالقَبْضِ ، فأَشْبَهَتِ البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ . ولَنا ، أنَّه يَمْلِكُها بِعِوَضٍ هو مالٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبْضِ فى اسْتِحْقاقِ الشُّفْعَةِ ، كالبَيْعِ ، ولا يَصِحُّ ما قالُوه من اعْتِبَارِ لَفْظِ الهِبَةِ ؛ لأَنَّ العِوَضَ صَرَفَ اللَّفْظَ عن مُقْتَضَاهُ ، وجَعَلَهُ عِبَارَةً عن البَيْعِ ، خاصَّةً عندَهم ، فإنَّه يَنْعَقِدُ بها النِّكَاحُ الذى لا تَصِحُّ الهِبَةُ فيه بالاتِّفَاقِ . القسم الثانى ، ما انْتَقَلَ بِعِوَضٍ غيرِ المالِ ، نحو أن يَجْعَلَ الشِّقْصَ مَهْرًا ، أو عِوَضًا فى الخُلْعِ ، أو فى الصُّلْحِ عن دَمِ العَمْدِ ، فظَاهِرُ كلامِ

٥/٣٢و

(٤٤ – ٤٤) فى م : « الثواب المعلوم » .

الخِرَقِيِّ أنَّه لا شُفْعَةَ فيه[٤٥] ؛ لأنَّه لم يَتَعرَّضْ فى جَمِيعِ مَسَائِلِه لغير البَيْعِ . وهذا قولُ أبى بكرٍ . وبه قال الحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحَابُ الرَّأْىِ ، حَكَاهُ عنهم ابنُ المُنْذِرِ ، واخْتَارَهُ . وقال ابنُ حامِدٍ : تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ . وبه قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، ومالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والشّافِعِىُّ . ثم اخْتَلَفُوا[٤٦] بِمَ يَأْخُذُه ؟ فقال ابن شُبْرُمَةَ ، ومالِك[٤٧] ، وابنُ أبى لَيْلَى : يَأْخُذُ الشِّقْصَ بقِيمَتِه . قال القاضِى : هو قِيَاسُ قولِ ابن حامِدٍ ؛ لأنَّنا لو أوْجَبْنَا مَهْرَ المِثْلِ ، لَقَوَّمْنَا البُضْعَ على الأَجانِبِ ، وأضْرَرْنَا بالشَّفِيعِ ؛ لأنَّ مَهْرَ المِثْلِ يَتَفاوَتُ مع المُسَمَّى ، لِتَسامُحِ النَّاسِ فيه فى العَادَةِ ، بِخِلَافِ البَيْعِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، قال ابنُ حَامِدٍ : إن كان الشِّقْصُ صَدَاقًا ، أو عِوَضًا فى خُلْعٍ / ، أو مُتْعَةً فى طَلَاقٍ ، أخَذَهُ الشَّفِيعُ بمَهْرِ المَرْأَةِ . وهو قول العُكْلِىِّ ، والشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَلَكَ الشِّقْصَ [٤٨] بِبَدَلٍ ليس له مِثْلٌ ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ إلى قِيمَةِ البَدَلِ فى الأَخْذِ بالشُّفْعَةِ[٤٨] ، كما لو بَاعَهُ بِعِوَضٍ ، واحْتَجُّوا على أخْذِه بالشُّفْعَةِ بأنَّه عَقَارٌ مَمْلُوكٌ بعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فأَشْبَه البَيْعَ . ولَنا ، أنَّه مَمْلُوكٌ بغيرِ مالٍ ، أشْبَهَ المَوْهُوبَ والمَوْرُوثَ ، ولأنَّه يَمْتَنِعُ[٤٩] أخْذُه بمَهْرِ المِثْلِ ؛ لما ذَكَرَهُ مالِكٌ ، وبالقِيمَةِ لأنَّها ليستْ عِوَضَ الشِّقْصِ ، فلا يَجُوزُ الأَخْذُ بها ، كالمَوْرُوثِ ، فيَتَعَذَّرُ أخْذُه ، ولأنَّه ليس له عِوَضٌ يُمْكِنُ الأَخْذُ به ، فأَشْبَهَ المَوْهُوبَ والمَوْرُوثَ ، وفارَقَ البَيْعَ ، فإنَّه أمْكَنَ الأَخْذُ بِعِوَضِه . فإن قُلْنا : إنه يُؤْخَذُ بالشُّفْعَةِ . فطَلَّقَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخُولِ ، بعدَ عَفْوِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ ما أَصْدَقَها ؛ لأنَّه مَوْجُودٌ فى يَدِها بصِفَتِه ، وإن طَلَّقَها بعد أخْذِ الشَّفِيعِ ، رَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَها زَالَ عنه ، فهو كما لو بَاعَتْهُ[٤٥] ، وإن طَلَّقَ قبلَ عِلْمِ الشَّفِيعِ ، ثم

٣٢/٥ ظ

---

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) فى م : « اختلف » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨ - ٤٨) سقط من : الأصل .

(٤٩) فى الأصل : « يمنع » .

عَلِمَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أَحَدُهما ، حَقُّ الشَّفِيعِ مُقَدَّمٌ ؛ لأنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، لأنَّه يَثْبُتُ بالنِّكاحِ[٥٠] ، وحَقُّ الزَّوْجِ بالطَّلَاقِ . والثانى ، حَقُّ الزَّوْجِ أَوْلَى ؛ لأنَّه ثَبَتَ بالنَّصِّ والإِجْمَاعِ ، والشُّفْعَةُ هٰهُنا لا نَصَّ فيها ولا إجْمَاعَ . فأمَّا إن عَفَا الشَّفِيعُ ، ثم طَلَّقَ الزَّوْجُ ، فرَجَعَ فى نِصْفِ الشِّقْصِ ، لم يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ الأَخْذَ منه . وكذلك إن جاءَ الفَسْخُ من قِبَلِ المَرْأَةِ ، فرَجَعَ الشِّقْصُ كلُّه إلى الزَّوْجِ ، لم يَسْتَحِقَّ الشَّفِيعُ أَخْذَه ؛ لأنَّه عَادَ إلى المالِكِ لِزَوالِ العَقْدِ ، فلم يَسْتَحِقَّ به الشَّفِيعُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وكذلك كلُّ فَسْخٍ يَرْجِعُ به الشِّقْصُ إلى العاقِدِ ، كرَدِّه بعَيْبٍ ، أو مُقَايَلَةٍ ، أو اخْتِلَافِ المُتَبايِعَيْنِ ، أو رَدِّه لِغَبْنٍ . وقد ذَكَرْنا فى الإِقَالَةِ رِوَايةً أُخْرَى ، أنَّها بَيْعٌ ، فتَثْبُتُ فيها الشُّفْعةُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا لو لم يَعْلَم الشَّفِيعُ حتى تَقَايَلَا ، فله أن يَأْخُذَ مِن أيِّهما شاءَ . وإن عَفَا عن الشُّفْعَةِ فى البَيْعِ ، ثم تَقَايَلَا ، فله الأَخْذُ بها .

**فصل** : وإذا جَنَى جِنَايَتَيْنِ ، عَمْدًا وخَطأً ، فصَالَحَهُ منهما على شِقْصٍ ، فالشُّفْعَةُ فى نِصْفِ[٥١] الشِّقْصِ دُونَ باقِيه . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وهذا على الرِّوايةِ التى نقولُ فيها : إنَّ مُوجِبَ العَمْدِ القِصَاصُ عَيْنًا . وإن قُلْنا : مُوجِبُه أَحَدُ شَيْئَيْنِ . وَجَبَتِ[٥٢] الشُّفْعَةُ فى الجَمِيعِ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعةَ فى الجَمِيعِ ؛ لأنَّ فى الأَخْذِ بها تَبْعِيضَ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ ما قابَلَ الخَطأَ عِوَضٌ عن مالٍ ، فوَجَبَتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو انْفَرَدَ ، ولأنَّ الصَّفْقَةَ جَمَعَتْ ما تَجِبُ فيه الشُّفْعَةُ وما لا تَجِبُ فيه ، فوَجَبَتْ فيما تَجِبُ فيه دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا[٥٣] . وبهذا الأَصْلِ يَبْطُلُ ما ذَكَرَهُ . وقولُ أبى حنيفةَ أَقْيَسُ ؛ لأنَّ فى / الشُّفْعَةِ تَبْعِيضَ الشِّقْصِ على ٣٣/٥و

---

(٥٠) فى م : « بالبيع » .

(٥١) فى ب : « بعض » .

(٥٢) فى الأصل : « وجهت » .

(٥٣) فى الأصل : « أو سيفا » .

الْمُشْتَرِى ، وربَّما لا يَبْقَى منه إلَّا مالا نَفْعَ فيه ، فأَشْبَهَ ما لو أَرادَ أحدُ الشَّفِيعَيْنِ أَخْذَ بعضِه مع عَفْوِ صَاحِبِه ، بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الشِّقْصِ والسَّيْفِ . وأَمَّا إذا قُلْنا : إن[٥٤] الواجِبَ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . فِباخْتِيَارِهِ الصُّلْحَ سَقَطَ القِصَاصُ ، وتَعَيَّنَتِ الدِّيَةُ ، فكان الجَمِيعُ عِوَضًا عن المالِ .

**فصل** : ولا تَثْبُتُ الشُّفْعَةُ فى بَيْعِ الخِيَارِ قبلَ انْقِضَائِه ، سواءٌ كان الخِيَارُ لهما أو لأَحَدِهما وحدَه ، أَيُّهما كان . وقال أبو الخَطَّاب : يَتَخَرَّجُ أن تَثْبُتَ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّ المِلْكَ انْتَقَلَ ، فتَثْبُتُ [٥٥]الشُّفْعَةُ فى مُدَّةِ[٥٥] الخِيَارِ ، كما بعدَ انْقِضَائِه . وقال أبو حنيفةَ : إن كان الخِيَارُ للبائِعِ ، أو لهما ، لم تَثْبُت الشُّفْعَةُ حتى يَنْقَضِىَ ؛ لأنَّ فى الأَخْذِ بها إسْقَاطَ حَقِّ البائِعِ من الفَسْخِ ، وإلْزَامَ البَيْعِ فى حَقِّه بغيرِ رِضاهُ ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ من المُشْتَرِى، ولم يَنْتَقِلِ المِلْكُ إليه . وإنْ كان الخِيَارُ لِلْمُشْتَرِى، فقد انْتَقَلَ المِلْكُ إليه ، ولا حَقَّ لغيرِه فيه ، والشَّفِيعُ يَمْلِكُ أَخْذَهُ بعدَ لُزُومِ البَيْعِ واسْتِقْرَارِ المِلْكِ ، فلأَنْ يَمْلِكَ ذلك قبلَ لُزُومِه أَوْلَى ، وعامَّةُ ما يُقَدَّرُ ثُبُوتُ الخِيَارِ له ، وذلك لا يَمْنَعُ الأَخْذَ بالشُّفْعَةِ ، كما لو وَجَدَ به عَيْبًا . وللشّافِعِىِّ قَوْلَانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . ولَنا ، أنَّه مَبِيعٌ فيه الخِيَارُ ، فلم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان للبائِعِ ؛ وذلك لأنَّ الأَخْذَ بالشُّفْعَةِ يُلْزِمُ المُشْتَرِى بالعَقْدِ بغيرِ رِضَاهُ ، ويُوجِبُ العُهْدَةَ[٥٦] عليه ، ويُفَوِّتُ حَقَّهُ من الرُّجُوعِ فى عَيْنِ الثَّمَنِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان الخِيَارُ للبائِعِ ، فإنَّنا إنَّما مَنَعْنَا من الشُّفْعَةِ لمَا فيه من إبْطَالِ خِيَارِ البائِعِ، وتَفْوِيتِ حَقِّ الرُّجُوعِ عليه[٥٧] فى عَيْنِ مالِه[٥٨]، وهما فى نَظَرِ الشَّرْعِ على السَّوَاءِ . وفارَقَ الرَّدَّ بالعَيْبِ ؛ فإنَّه إنَّما ثَبَتَ لِاسْتِدْرَاكِ الظُّلَامَةِ ، وذلك يَزُولُ بأَخْذِ

---

(٥٤) سقط من : الأصل .

(٥٥–٥٥) سقط من : الأصل .

(٥٦) فى الأصل : « العهد » .

(٥٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٥٨) فى م : « مالهما » .

الشَّفِيعِ ، فإن باعَ الشَّفِيعُ حِصَّتَهُ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، عَالِمًا بِبَيْعِ الأَوَّلِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، وثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ فيما باعَهُ للمُشْتَرِى الأَوَّلِ ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وفى وَجْهٍ آخَرَ ، أنَّه يَثْبُتُ للبائِعِ ، بنَاءً على المِلْكِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ لِمَن هو منهما . وإن بَاعَهُ قبل عِلْمِه بالبَيْعِ ، فكذلك . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ زَالَ قبلَ ثُبُوتِ الشُّفْعَةِ . ويَتَوَجَّهُ على تَخْرِيجِ أبى الخَطَّابِ أنْ لا تَسْقُطَ شُفْعَتُه ، فيكونُ له على هذا أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأَوَّلِ ، وللمُشْتَرِى الأَوَّلِ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ الذى باعَهُ الشَّفِيعُ من مُشْتَرِيه ؛ لأنَّه كان شَرِيكًا لِلشَّفِيعِ حينَ بَيْعِه .

٥/٣٣ظ **فصل** : وبَيْعُ المَرِيضِ كبَيْعِ الصَّحِيحِ / ، فى الصِّحَّةِ ، وثُبُوتِ الشُّفْعَةِ ، وسائِرِ الأَحْكامِ ، إذا باعَ بِثَمَنِ المِثْلِ ، سواءٌ كان لِوَارِثٍ أو غيرِ وارِثٍ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ بَيْعُ المَرِيضِ مَرَضَ المَوْتِ لِوَارِثِه ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه فى حَقِّه ، فلم يَصِحَّ بَيْعُه ، كالصَّبِىِّ . ولَنا ، أنَّه إنَّما حُجِرَ عليه فى التَّبَرُّعِ فى حَقِّه ، فلم يَمْنَعِ الصِّحَّةَ فيما سِواه ، كالأَجْنَبِىِّ إذا لم يَزِدْ على التَّبَرُّعِ بالثُّلُثِ ؛ وذلك لأنَّ الحَجْرَ فى شىءٍ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ غيرِه ، كما أنَّ الحَجْرَ على المُرْتَهِنِ فى الرَّهْنِ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى غيرِه ، والحَجْرَ على المُفْلِسِ فى مالِه لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ فى ذِمَّتِه . فأمَّا بَيْعُه بالمُحَاباةِ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ لِوَارِثٍ أو لغيرِه ، فإن كان لِوَارِثٍ ، بَطَلَتِ المُحَاباةُ ؛ لأنَّها فى المَرَضِ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ ، والوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ لا تجوزُ ، ويَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحابَاةِ من المَبِيعِ . وهل يَصِحُّ فيما عَداهُ ؟ على ثلاثةِ أَوْجُهٍ ؛ أحَدِها ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ بَذَلَ الثَّمنَ فى كلِّ المَبِيعِ ، فلم يَصِحَّ فى بعضِه[59] ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا الثَّوْبَ بِعَشَرَةٍ . فقال : قَبِلْتُ البَيْعَ فى نِصْفِه . أو قال : قَبِلْتُه بِخَمْسَةٍ . أو قال : قَبِلْتُ نِصْفَهُ بِخَمْسَةٍ . ولأنَّه لم يُمْكِنْ تَصْحِيحُ البَيْعِ على الوَجْهِ الذى تَوَاجَبَا عليه ، فلم يَصِحَّ ، كتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . الثانى ، أنَّه يَبْطُلُ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحابَاةِ ، ويَصِحُّ

---

(٥٩) فى م : « بيعه » .

فيما يُقَابِلُ الثَّمَنَ المُسَمَّى ، ولِلْمُشْتَرِى الخِيَارُ بين الأَخْذِ والفَسْخِ ؛ لأنَّ الصَّفْقَةَ تَفرَّقَتْ عليه ، ولِلشَّفِيعِ أَخْذُ ما صَحَّ البَيْعُ فيه . وإنَّما قُلْنا بالصِّحَّةِ ؛ لأنَّ البُطْلَانَ إنَّما جاءَ من المُحابَاةِ ، فَاخْتَصَّ بما قابَلَها[٦٠] . الثالث ، أنَّه يَصِحُّ فى الجَمِيعِ ، ويَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، لأنَّ الوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ ، فى أصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ، وتَقِفُ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، فكذلك المُحابَاةُ له[٦١] ، فإن أجازُوا المُحاباةَ[٦٢] ، صَحَّ البَيْعُ فى الجَمِيعِ ، ولا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِى، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخْذَ به؛ لأنَّه يَأْخُذُ بالثمَنِ ، وإن رَدُّوا، بَطَلَ البَيْعُ فى قَدْرِ المُحاباةِ، وصَحَّ فيما بَقِىَ. ولا يَمْلِكُ الشَّفِيعُ الأَخْذَ قبلَ إجازَةِ الوَرَثَةِ أو رَدِّهِم[٦٣] ؛ لأنَّ حَقَّهُمْ مُتَعَلِّقٌ[٦٤] بالمَبِيعِ، فلم يَمْلِكْ إبْطَالَهُ، وله أَخْذُ ما صَحَّ البَيْعُ فيه . وإن اخْتَارَ المُشْتَرِى الرَّدَّ فى هذه الصُّورَةِ ، وفى التى قَبْلَها ، واخْتَارَ الشَّفِيعُ الأَخْذَ بالشُّفْعَةِ ، قُدِّمَ الشَّفِيعُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على المُشْتَرِى ، ويَجْرِى[٦٥] مَجْرَى المَعِيبِ إذا رَضِيَهُ الشَّفِيعُ بِعَيْبِه . القسم الثانى ، إذا كان المُشْتَرِى أَجْنَبِيًّا ، والشَّفِيعُ أَجْنَبِىٌّ ، فإن لم تَزِدِ المُحَاباةُ على الثُّلُثِ ، صَحَّ البَيْعُ ، ولِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بها[٦٦] بذلك الثمَنِ ؛ لأنَّ البَيْعَ حَصَلَ به، فلا يَمْنَعُ منها كونُ المَبِيعِ مُسْتَرْخَصًا ، وإن زَادَتْ / على الثُّلُثِ ، فالحُكْمُ فيه حُكْمُ أَصْلِ المُحاباةِ فى حَقِّ الوارِثِ. وإن كان الشَّفِيعُ وَارِثًا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحَدُهما ، له الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ وَقَعَتْ لغيرِه ، فلم يَمْنَعْ منها تَمَكُّنُ الوَارِثِ من أَخْذِها ، كما لو وَهَبَ غَرِيمَ وَارِثِه مالًا ، فأَخَذَهُ الوارِثُ . والثانى ، يَصِحُّ البَيْعُ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعَةُ . وهو قولُ أَصْحابِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّنا لو أثْبَتْناهَا جَعَلْنا لِلْمَوْرُوثِ سَبِيلًا

٣٤/٥و

(٦٠) فى م : « يقابلها » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) فى الأصل ، م : « وردهم » .

(٦٤) فى الأصل : « يتعلق » .

(٦٥) فى ب ، م : « وجرى » .

(٦٦) سقط من : الأصل ، ب .

إلى إثْباتِ حَقٍّ لِوَارِثه فى المُحاباةِ ، ويُفارِقُ الهِبَةَ لِغَرِيمِ الوارِثِ ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ الوَارِثِ الأَخْذَ بِدَيْنِه لا من جِهَةِ الهِبَةِ ، وهذا اسْتِحْقَاقُه بالبَيْعِ الحاصِلِ من مَوْرُوثِه ، فَافْتَرَقَا . ولأصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فى هذا خَمْسَةُ أَوْجهٍ ، وَجْهَانِ كهٰذَيْنِ . والثالث ، أنَّ البَيْعَ باطِلٌ من أَصْلِه ؛ لإفْضائِه إلى إيصَالِ المُحاباةِ إلى الوارِثِ . وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ لِلبَيْعِ . ولا يَبْطُلُ الأصْلُ بِبُطْلانِ فَرْعٍ له . وعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، ما حَصَلَتْ لِلْوَارِثِ بالمُحابَاةِ[٦٧] ، إنَّما حَصَلَتْ لغيرِه ، وَوَصَلَتْ إليه بجِهَةِ الأَخْذِ من المُشْتَرِى ، فأَشْبَهَ هِبَةَ غَرِيمِ الوارِثِ . الوَجْهُ الرابع ، أنَّ لِلشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ ما عدا المُحابَاةَ بجَمِيعِ[٦٨] الثَّمنِ ، بمَنْزِلَةِ هِبَةِ[٦٩] المُقَابِلِ لِلْمُحاباةِ ؛ لأنَّ المُحاباةَ بالنِّصْفِ مَثَلًا هِبَةٌ لِلنِّصْفِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان بمَنْزِلَةِ هِبَةِ[٦٩] النِّصْفِ ، ما كان لِلشَّفِيعِ الأَجْنَبِىِّ أَخْذُ الكُلِّ ، لأنَّ المَوْهُوبَ لا شُفْعَةَ فيه . الخامس ، أنَّ البَيْعَ يَبْطُلُ فى قَدْرِ المُحاباةِ ، وهذا فاسِدٌ ؛ لأنَّها مُحابَاةٌ لأَجْنَبِىٍّ بما دون الثُّلُثِ ، فلا تَبْطُلُ ، كما لو لم يَكُنِ الشِّقْصُ مَشْفُوعًا .

**فصل** : ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بِأَخْذِه بكلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ على أَخْذِه ، بأن يقولَ : قد أَخَذْتُه بالثمنِ . أو تَمَلَّكْتُه بالثَّمَنِ . أو نحو ذلك ، إذا كان الثَّمَنُ والشِّقْصُ مَعْلُومَيْنِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ[٧٠] حاكِمٍ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : يَمْلِكُه بالمُطَالَبَةِ ؛ لأنَّ البَيْعَ السَّابِقَ سَبَبٌ ، فإذا انْضَمَّتْ إليه المُطَالَبَةُ ، كان كالإيجابِ فى البَيْعِ انْضَمَّ إليه القَبُولُ . وقال أبو حنيفةَ : يَحْصُلُ بِحُكْمِ الحاكِمِ ؛ لأنَّه نَقْلٌ لِلْمِلْكِ عن مَالِكِه إلى غيرِه قَهْرًا فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ الحاكِمِ ، كأَخْذِ دَيْنِه . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ ثَبَتَ بالنَّصِّ والإجماعِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حاكِمٍ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . وما ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ

---

(٦٧) فى ب ، م : « المحاباة » .

(٦٨) فى م : « بقدره من » .

(٦٩ – ٦٩) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٧٠) سقط من : الأصل ، ب .

بهذا الأَصْلِ ، وبأَخْذِ الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّدَاقِ بالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخولِ ، ولأنَّه مالٌ يَتملَّكُه قَهْرًا ، فملَكَهُ[71] بالأَخْذِ ، كالغَنَائِمِ والمُباحَاتِ ، [72]ومَلَكَه باللَّفْظِ[72] الدّالّ على الأَخْذِ ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، لكنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَقِلُّ به ، فانْتَقَلَ[73] باللَّفْظِ الدّالِّ عليه .

وقولُهم : يَمْلِكُ بالمُطَالَبةِ بمُجَرَّدِهَا . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه / لو مَلَكَ بها لمَا سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ بالعَفْوِ بعدَ المُطَالَبةِ ، ولَوَجَبَ أنَّه إذا كان له شَفِيعَانِ . فطَلَبَا الشُّفْعَةَ ، ثم تَرَكَ أَحَدُهُما ، أن يكونَ لِلآخَرِ أَخْذُ[74] قَدْرِ نَصِيبِه ، ولا يَمْلِكُ أَخْذَ نَصِيبِ صَاحِبِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إذا قال : قد أخَذْتُ الشِّقْصَ بالثمَنِ الذى تَمَّ عليه العَقْدُ . وهو عَالِمٌ بِقَدْرِه ، وبالمَبِيعِ ، صَحَّ الأَخْذُ ، ومَلَكَ الشِّقْصَ ، ولا خِيَارَ له ، [75]ولا لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يُؤْخَذُ قَهْرًا ، والمَقْهُورُ لا خِيَارَ له[75] ، والآخِذُ قَهْرًا لا خِيَارَ له أيضا ، كمُسْتَرْجِعِ المَبِيعِ لِعَيْبٍ فى ثَمَنِه ، أو الثَّمَنِ لِعَيْبٍ فى المَبِيعِ . وإن كان الثَّمَنُ مَجْهُولًا أو الشِّقْصُ[76] ، لم يَمْلِكْهُ بذلك ؛ لأنَّه بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ، فيُعْتَبَرُ العِلْمُ بالعِوَضَيْنِ[77] ، كسائِرِ البُيُوعِ . وله المُطَالَبةُ بالشُّفْعَةِ ، ثم يَتَعَرَّفُ مِقْدَارَ الثَّمَنِ من المُشْتَرِى ، أو من غيرِه ، والمَبِيعَ ، فيَأْخُذُه بثَمَنِه . ويَحْتَمِلُ أنَّ له الأَخْذَ مع جَهالَةِ[74] الشِّقْصِ ، بِنَاءً على بَيْعِ الغائِبِ .

**فصل** : وإذا أَرادَ الشَّفِيعُ أَخْذَ الشِّقْصِ ، وكان فى يَدِ المُشْتَرِى ، أَخَذَهُ منه ، وإن كان فى يَدِ البائِعِ ، أَخَذَهُ منه وكان كأَخْذِهِ من المُشْتَرِى . هذا قِيَاسُ المَذْهَبِ . وهو

٥/٣٤ظ

---

(٧١) فى الأصل : « فيملكه » .

(٧٢–٧٢) فى م : « وباللفظ » .

(٧٣) فى الأصل : « فاستقل » .

(٧٤) سقط من : ب .

(٧٥–٧٥) سقط من : الأصل .

(٧٦) فى الأصل : « والشقص » .

(٧٧) فى ب : « بالعوض » .

قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ العَقْدَ يَلْزَمُ فى بَيْعِ العَقَارِ قبلَ قَبْضِه ، ويَدْخُلُ المَبِيعُ فى مِلْكِ المُشْتَرِى وضَمَانِه ، ويجوزُ له التَّصرُّفُ فيه بنفسِ العَقْدِ ، فصارَ كما لو قَبَضَهُ المُشْتَرِى . وقال القاضى : ليس له أَخْذُه من البائِعِ ، ويُجْبِرُ الحاكِمُ المُشْتَرِىَ على قَبْضِه ، ثم يَأْخُذُه الشَّفِيعُ منه . وهذا أَحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَشْتَرِى الشِّقْصَ من المُشْتَرِى ، فلا يَأْخُذُه من غيرِه . وبَنَوْا ذلك على أن المَبِيعَ لا يَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ ، فإذا فاتَ القَبْضُ بَطَلَ العَقْدُ ، وسَقَطَتِ الشُّفْعَةُ .

**فصل** : وإذا أَقَرَّ البائِعُ بالبَيْعِ ، وأَنْكَرَ المُشْتَرِى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بالشُّفْعَةِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والمُزَنِىِّ . والثانى ، ليس له الأَخْذُ بها . ونَصَرَهُ الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ فى « مَسَائِلِه » . وهو قولُ مالِكٍ ، وابنِ شُرَيْحٍ ؛ لأنَّ الشُّفْعَةَ فَرْعٌ لِلْبَيْعِ[78] ، ولم يَثْبُتْ فلا يَثْبُتُ فَرْعُه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى ، وإذا أَنْكَرَ البَيْعَ لم يُمْكِنِ الأَخْذُ منه . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّ البائِعَ أَقَرَّ بحَقَّيْنِ ؛ حَقٌّ لِلشَّفِيعِ ، وحَقٌّ لِلْمُشْتَرِى ، فإذا سَقَطَ حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِه ، ثَبَتَ حَقُّ الشَّفِيعِ ، كما لو أَقَرَّ بدارٍ لِرَجُلَيْنِ ، فأَنْكَرَ أَحَدُهُما ، ولأنَّه أَقَرَّ لِلشَّفِيعِ أنَّه مُسْتَحِقٌّ لأَخْذِ هذه الدَّارِ ، والشَّفِيعُ يَدَّعِى ذلك ، فوَجَبَ[79] قَبولَه ، كما لو أَقَرَّ أنَّها مِلْكُه . فعلى هذا يَقْبِضُ الشَّفِيعُ من البائِعِ ، ويُسَلِّمُ إليه الثمنَ ، ويكونُ دَرْكُ الشَّفِيعِ على البائِعِ ، لأنَّ / القَبْضَ منه ، ولم يَثْبُتِ الشِّرَاءُ فى حَقِّ المُشْتَرِى . وليس لِلشَّفِيعِ ولا لِلْبائِعِ مُحاكَمَةُ المُشْتَرِى ؛ لِيَثْبُتَ البَيْعُ فى حَقِّه ، وتكونَ العُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ مَقْصُودَ البائِعِ الثَّمَنُ ، وقد حَصَلَ من الشَّفِيعِ ، ومَقْصُودَ الشَّفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ وضَمَانُ العُهْدَةِ ، وقد حَصَلَ من البائِعِ ، فلا فائِدَةَ فى المُحاكَمةِ . فإن قيل : أليسَ لو ادَّعَى على رَجُلٍ دَيْنًا ، فقال آخَرُ : أنا أَدْفَعُ إليكَ الدَّيْنَ الذى تَدَّعِيه ، ولا تُخاصِمْه . لا يَلْزَمُه قَبُولُه ، فهل لا قُلْتُم هٰهُنا كذلك ؟ قُلْنا : فى

٣٥/٥ و

(٧٨) فى الأصل : « البيع » .

(٧٩) فى م : « فيوجب » .

الدَّيْنِ عليه مِنَّةٌ فى قَبُولِه مِن غيرِ غَرِيمِه ، وهٰهُنا بِخِلَافِه ، ولأنَّ البائِعَ يَدَّعِي أنَّ الثمنَ الذى يَدْفَعُه الشَّفِيعُ حَقٌّ لِلْمُشْتَرِى عِوَضًا عن هذا المَبِيعِ ، فصَارَ كالنَّائِبِ عن المُشْتَرِى فى دَفْعِ الثَّمَنِ ، والبائِعُ كالنَّائِبِ عنه فى دَفْعِ الشِّقْصِ ، بخِلَافِ الدَّيْنِ ، فإن كان البائِعُ مُقِرًّا بِقَبْضِ الثَّمَنِ من المُشْتَرِى ، بَقِىَ الثَّمَنُ الذى على الشَّفِيعِ لا يَدَّعِيه أحَدٌ ؛ لأنَّ البائِعَ[80] يقول : هو لِلْمُشْتَرِى . [81]والمُشْتَرِى يقول : لا أسْتَحِقُّه . ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدها ، أن يقالَ لِلْمُشْتَرِى[81] : إمَّا أن تَقْبِضَه[82] ، وإمَّا أن تُبْرِئَ منه . والثانى ، يَأْخُذُه الحاكِمُ عندَه . والثالث ، يَبْقَى فى ذِمَّةِ الشَّفِيعِ . وفى جَمِيعِ ذلك متى ادَّعاهُ البائِعُ أو المُشْتَرِى ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه لأحَدِهما . وإن تَدَاعَيَاهُ جَمِيعًا ، فأقَرَّ المُشْتَرِى بالبَيْعِ ، وأنْكَرَ البائِعُ [83]قَبْضَ الثَّمَنِ[83] ، فهو لِلْمُشْتَرِى ؛ لأنَّ البائِعَ قد أقَرَّ له به[84] ، ولأنَّ البائِعَ إذا أنْكَرَ القَبْضَ ، لم يَكُنْ مُدَّعِيًا لهذا[85] الثَّمنِ ؛ لأنَّ البائِعَ لا يَسْتَحِقُّ على الشَّفِيعِ ثَمَنًا ، إنَّما يَسْتَحِقُّه على المُشْتَرِى ، وقد أقَرَّ بالقَبْضِ منه ، وأمَّا المُشْتَرِى فإنَّه يَدَّعِيه ، وقد أقَرَّ له باسْتِحْقَاقِه ، فوَجَبَ دَفْعُه إليه .

**٨٧٢ – مسألة ؛ قال : ( وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ بِالشُّفْعَةِ فِى وَقْتِ عِلْمِهِ بِالْبَيْعِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ )**

الصَّحِيحُ فى المَذْهَبِ أنَّ حَقَّ الشُّفْعَةِ على الفَوْرِ ، إن طَالَبَ بها ساعَةَ يَعْلَمُ بالبَيْعِ ، وإلَّا بَطَلَتْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ ، فقال : الشُّفْعَةُ بالمُوَاثَبَةِ ساعَةَ يَعْلَمُ . وهذا قول ابنِ شُبْرُمَةَ ، والبَتِّىِّ ، والأوْزَاعِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والعَنْبَرِىِّ ، والشَّافِعِىِّ

---

(٨٠) فى الأصل : « الدافع » .

(٨١ – ٨١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨٢) فى ب : « تقبل الثمن » .

(٨٣ – ٨٣) فى الأصل ، م : « أنه لم يقبض منه شيئا » .

(٨٤) سقط من : ب .

(٨٥) فى ب ، م : « هذا » .

فى (١ جَدِيدِ قولِه ١) . وحُكِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثانِيَة ، أنَّ الشُّفْعَةَ على التَّرَاخِى لا تَسْقُطُ ، ما لم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَى ، من عَفْوٍ ، أو مُطَالَبةٍ بِقِسْمَةٍ ، ونحو ذلك . وهذا قول مالِكٍ ، وقولُ الشّافِعِىِّ ، إلَّا أن مَالِكًا قال : تَنْقَطِعُ بمُضَىِّ سَنَةٍ . وعنه : بمُضِىِّ مُدَّةٍ يُعْلَمُ أنَّه تَارِكٌ لها ؛ لأنَّ هذا الخِيَارَ لا ضَرَرَ فى تَرَاخِيه ، فلم يَسْقُطْ بالتَّأْخِيرِ ، كحَقِّ القِصَاصِ . وبَيَانُ[٢] عَدَمِ الضَّرَرِ أنَّ النَّفْعَ لِلْمُشْتَرِى باسْتِغْلَالِ المَبِيعِ . وإن أَحْدَثَ فيه عِمَارَةً ، من / غِرَاسٍ أو بنَاءٍ ، فله قِيمَتُه . وحُكِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّ الخِيَارَ مُقَدَّرٌ بثلاثَةِ أيامٍ . وهو قولٌ للشَّافِعِىِّ[٣] ؛ لأنَّ الثَّلَاثَ حُدَّ بها خِيَارُ الشَّرْطِ ، فصَلَحَتْ[٤] حَدًّا لهذا الخِيَارِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ البَيْلَمانِىِّ ، عن أَبِيه ، عن عُمَرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الشُّفْعَةُ كَحَلِّ العِقَالِ » . وفى لَفْظٍ أَنَّه قال : « الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ العِقَالِ ، إنْ قُيِّدَتْ ثَبَتَتْ ، وإنْ تُرِكَتْ فاللَّوْمُ عَلَى مَنْ تَرَكَها »[٥] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَها » . رَوَاهُ الفُقَهاءُ فى كُتُبِهِم[٦] ، ولأنَّه خِيَارٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ[٧] ، فكان على الفَوْرِ ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّ إثْبَاتَهُ على التَّرَاخِى يَضُرُّ المُشْتَرِىَ . لكَوْنِه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه على المَبِيعِ ، ويَمْنَعُه من التَّصَرُّفِ لِعَمارِه[٨] خَشْيَةَ أَخْذِه منه ، ولا يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ بِدَفْعِ قِيمَتِه ؛ لأنَّ خَسَارَتَها فى الغالِبِ أَكْثَرُ من قِيمَتِها ، مع تَعَبِ قَلْبِه وبَدَنِه فيها . والتَّحْدِيدُ بثَلَاثَةِ أيامٍ تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ،

٣٥/٥ ظ

(١ – ١) فى م : « أحد قوليه » .

(٢) فى ب : « وبأن » .

(٣) فى ب ، م : « الشافعى » .

(٤) فى ب : « فصحت » .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلب الشفعة ، من كتاب الشفعة . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٥ . والبيهقى ، فى : باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء فى مسائل الشفعة ، من كتاب الشفعة . السنن الكبرى ٦ / ١٠٨ .

(٦) ذكره الحافظ ابن حجر ، فى : كتاب الشفعة . تلخيص الحبير ٣ / ٥٦ ، ٥٧ . وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح ، فى : باب الشفيع يأذن قبل البيع ... ، من كتاب البيوع . المصنف ٨ / ٨٣ .

(٧) فى ب : « المالك » .

(٨) فى م : « بعمارة » .

والأَصْلُ المَقِيسُ عليه مَمْنُوعٌ ، ثم هو باطِلٌ بخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وإذا تَقَرَّرَ هذا ، فقال ابنُ حامِدٍ : يتَقَدَّرُ الخِيَارُ بالمَجْلِسِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . فمتى طَالَبَ فى مَجْلِسِ العِلْمِ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعَةُ وإن طَالَ ؛ لأَنَّ المَجْلِسَ كلَّه فى حُكْمِ حالَةِ العَقْدِ ، بِدَلِيلِ أنَّ القَبْضَ فيه لِمَا يُشْتَرَطُ فيه القَبْضُ ، كالقَبْضِ[9] حالَةَ العَقْدِ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لا يَتَقَدَّرُ بالمَجْلِسِ ، بل متى بادَرَ فطالَبَ عَقِيبَ عِلْمِه ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، وقولُ الشَّافِعِىِّ ؛ لما ذكَرْنا من الخَبَرِ والمَعْنَى . وما ذَكَرُوهُ يَبْطُلُ بخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . فعلَى هذا متى أَخَّرَ المُطَالَبَةَ عن وَقْتِ العِلْمِ لغيرِ عُذْرٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وإن أَخَّرَهَا لِعُذْرٍ ، مثل أن يَعْلَمَ لَيْلًا فيُؤَخِّرَهُ إلى الصُّبْحِ ، أو لِشِدَّةِ جُوعٍ أو عَطَشٍ حتى يَأْكُلَ ويَشْرَبَ ، أو لِطَهَارَةٍ أو إغْلَاقِ بابٍ ، أو لِيَخْرُجَ من الحَمَّامِ ، أو لِيُؤَذِّنَ ويُقِيمَ ويَأْتِىَ بالصَّلَاةِ وسُنَنِها ، أو لِيَشْهَدَها فى جَماعَةٍ يَخافُ فَوْتَها ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأَنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الحَوَائِجِ على غيرِها ، فلا يكونُ الاشْتِغالُ بها رِضًى بتَرْكِ الشُّفْعَةِ ، إلَّا أن يكونَ المُشْتَرِى حاضِرًا عندَه فى هذه الأَحْوَالِ ، فيُمْكِنُه أن يُطَالِبَه من غيرِ اشْتِغَالِه عن أشْغَالِه ، فإنَّ شُفْعَتَه تَبْطُلُ بتَرْكِه المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّ هذا لا يَشْغَلُه عنها ، ولا تَشْغَلُه المُطَالَبَةُ عنه . فأمَّا مع غَيْبَتِه فلا ؛ لأنَّ العادَةَ تَقْدِيمُ هذه الحَوَائِجِ ، فلم يَلْزَمْهُ تَأْخِيرُها ، كما لو أمْكَنَه أن يُسْرِعَ فى مَشْيِه ، أو يُحَرِّكَ دَابَّتَه ، فلم يَفْعَلْ ، ومَضَى على حَسَبِ عادَتِه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه طَلَبَ بحُكْمِ العادَةِ . وإذا فَرَغَ / من حَوَائِجِه ، مَضَى على حَسَبِ عادَتِه إلى المُشْتَرِى ، فإذا لَقِيَهُ [10] بَدَأَهُ بالسَّلَامِ [10] ؛ لأنَّ ذلك السُّنَّةُ ، وقد جاءَ فى الحديثِ[11] : « مَنْ بَدَأَ بالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ ، فَلَا تُجِيبُوهُ »[12] . ثم يُطَالِبُ . وإن قال

٣٦/٥ و

(٩) فى ب زيادة : « فى » .

(١٠ – ١٠) فى م : « بدأ السلام » .

(١١) فى الأصل ، م : « حديث » .

(١٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى السلام قبل الكلام ، من أبواب الاستئذان . عارضة الأحوذى ١٠ / ١٧٤ .

بعدَ السَّلَامِ : بارَكَ اللهُ لكَ فى صَفْقَةِ يَمِينِكَ . أو دَعَا له بالمَغْفِرَةِ ونحوِ ذلك ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ؛ لأَنَّ ذلك يَتَّصِلُ بالسَّلَامِ ، فيكونُ من جُمْلَتِه ، والدُّعاءُ له بالبَرَكَةِ فى الصَّفْقَةِ دُعَاءٌ لِنَفْسِه ؛ لأَنَّ الشِّقْصَ يَرْجِعُ إليه ، فلا يكونُ ذلك رِضًى . وإن اشْتَغَلَ بكَلَامٍ آخَرَ ، أو سَكَتَ لغيرِ حاجَةٍ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لما قَدَّمْنَا .

**فصل** : فإن أَخْبَرَهُ بالبَيْعِ مُخْبِرٌ ، فصَدَّقَهُ ، ولم يُطَالِبْ بالشُّفْعَةِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، سواءٌ كان المُخْبِرُ ممَّن يُقْبَلُ خَبَرُه أو لا يُقْبَلُ ؛ لأَنَّ العِلْمَ قد يَحْصُلُ بخَبَرِ مَن لا يُقْبَلُ خَبَرُه ، لِقَرائِنَ دَالَّةٍ على صِدْقِه . وإن قال : لم أُصَدِّقْهُ . وكان المُخْبِرُ ممَّن يُحْكَمُ بِشَهَادَتِه ، كرَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأَنَّ قَوْلَهُما حُجَّةٌ تَثْبُتُ بها الحُقُوقُ . وإن كان ممَّن لا يُعْمَلُ بقَوْلِه ، كالفاسِقِ والصَّبِىِّ ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه . وحُكِىَ عن أبى يوسفَ أنَّها تَسْقُطُ ؛ لأَنَّه خَبَرٌ يُعْمَلُ به فى الشَّرْعِ ، فى الإِذْنِ فى دُخُولِ الدَّارِ وشِبْهِه ، فسَقَطَتْ به الشُّفْعَةُ ، كخَبَرِ العَدْلِ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا يُقْبَلُ فى الشَّرْعِ ، فأَشْبَهَ قولَ الطِّفْلِ والمَجْنُونِ . وإن أَخْبَرَهُ رَجُلٌ عَدْلٌ ، أو مَسْتُورُ الحالِ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ . ويُرْوَى هذا عن أبى حنيفةَ ، وزُفَرَ ؛ لأَنَّ الواحِدَ لا تَقُومُ به البَيِّنَةُ . ولَنا ، أنَّه خَبَرٌ لا تُعْتَبَرُ فيه الشَّهادَةُ ، فقُبِلَ من العَدْلِ ، كالرِّوَايةِ والفُتْيَا وسائِرِ الأَخْبارِ الدِّينِيَّةِ . وفارَقَ الشَّهادَةَ ، فإنَّه يُحْتَاطُ لها باللَّفْظِ ، والمَجْلِسِ ، وحُضُورِ المُدَّعَى عليه ، وإِنْكَارِهِ ، ولأَنَّ الشَّهادَةَ يُعَارِضُها إِنْكَارُ المُنْكِرِ ، وتُوجِبُ الحَقَّ عليه ، بخِلَافِ هذا الخَبَرِ . والمَرْأَةُ فى ذلك كالرَّجُلِ ، والعَبْدُ كالحُرِّ . وقال القاضى : هما كالفاسِقِ والصَّبِىِّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّ قَوْلَهما لا يَثْبُتُ به حَقٌّ . ولَنا ، أنَّ هذا خَبَرٌ وليس بشَهَادَةٍ ، فاسْتَوَى فيه الرَّجُلُ والمَرْأَةُ ، والعَبْدُ والحُرُّ ، كالرِّوَايةِ والأَخْبارِ الدِّينِيَّةِ . والعَبْدُ من أَهْلِ الشَّهادَةِ فيما عدا الحُدُودَ والقِصَاصَ ، وهذا ممَّا عَداها ، فأَشْبَهَ الحُرَّ .

**فصل** : إذا أَظْهَرَ المُشْتَرِى أنَّ الثَّمنَ أَكْثَرُ ممَّا وَقَعَ العَقْدُ به ، فتَرَكَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ ، لم تَسْقُطِ الشُّفْعَةُ بذلك . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وأَصْحابُ الرَّأْيِ ، ومالِكٌ ،

إلَّا أنَّه قال بعدَ أن[13] يَحْلِفَ : ما سَلَّمْتُ الشُّفْعَةَ إلَّا لمكانِ الثَّمَنِ الكَثِيرِ . وقال ابنُ / أبى ٥/٣٦ظ
لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه سَلَّمَ وَرَضِىَ . ولَنا ، أنَّه تَرَكَها لِلعُذْرِ ، فإنَّه لا يَرْضاهُ بالثَّمنِ الكَثِيرِ ، ويَرْضاهُ بالقَلِيلِ ، وقد لا يكونُ معه الكَثِيرُ ، فلم تَسْقُطْ بذلك ، كما لو تَرَكَها لِعَدَمِ العِلْمِ . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّ المَبِيعَ سِهَامٌ قَلِيلَةٌ ، فبانَتْ كَثِيرَةً[14] ، أو أظْهَرَ أنَّهما تَبَايَعَا بِدَنَانِيرَ ، فبانَ أنَّهما دَرَاهِمُ ، أو بِدَرَاهِمَ فبانَتْ[15] دَنَانِيرَ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ ، وزُفَر . وقال أبو حنيفةَ ، وصاحِبَاه : إن كانت قِيمَتُهُما سواءً ، سَقَطَتِ الشُّفْعَةُ ؛ لأنَّهما كالجِنْسِ الواحِدِ . ولَنا ، أنَّهما جِنْسانِ ، فأشْبَهَا الثِّيَابَ والحَيَوانَ ، ولأنَّه قد يَمْلِكُ بالنَّقْدِ الذى وَقَعَ به البَيْعُ دُونَ ما أظْهَرَه[16] ، فيَتْرُكُه لِعَدَمِ مِلْكِه له . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَاه بِنَقْدٍ ، فبانَ أنَّه اشْتَراهُ بِعَرْضٍ[17] ، أو بِعَرْضٍ فبانَ أنَّه بِنَقْدٍ ، أو بِنَوْعٍ من العَرْضِ فبانَ أنَّه بغيرِه ، أو اشْتَرَاه مُشْتَرٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَاه لغيرِه ، أو أظْهَر أنَّه اشْتَرَاه لغيرِه فبانَ أنَّه اشْتَرَاه له ، أو أنَّه اشْتَرَاهُ لإنْسانٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَاهُ لغيرِه ؛ لأنَّه قد يَرْضَى[18] شَرِكَةَ[19] إنْسانٍ دُونَ غيرِه ، وقد يُحَابِى إنْسانًا أو يَخَافُه ، فيَتْرُكُ لذلك . وكذلك إن أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَى الكلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى نِصْفَه بِنِصْفِه ، أو أنَّه اشْتَرَى نِصْفَه بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى جَمِيعَه بِضِعْفِه ، أو أنَّه اشْتَرَى الشِّقْصَ وحدَه فبانَ أنَّه اشْتَرَاهُ هو أو غيرُه ، أو أنَّه اشْتَرَاهُ هو وغيرُه فبانَ أنَّه اشْتَرَاهُ وحدَه ، لم تَسْقُط الشُّفْعَةُ فى جَمِيعِ ذلك ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فيما أبْطَنَه دُونَ ما أظْهَرَه ، فيَتْرُكُ لذلك ، فلم تَسْقُطْ شُفْعَتُه ، كما لو أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَاهُ بثَمَنٍ فبانَ أقَلَّ منه . فأمَّا إنْ أظْهَرَ أنَّه اشْتَرَاهُ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَاهُ بأكْثَرَ ، أو أنَّه اشْتَرَى الكلَّ بثَمَنٍ فبانَ أنَّه اشْتَرَى به[20] بعضَه ، سَقَطَتْ

---

(١٣) فى ب : « ما » .
(١٤) فى الأصل : « غيره » .
(١٥) فى ب زيادة : « أنها » .
(١٦) فى الأصل : « أظهر له » . وفى ب : « أظهراه » .
(١٧) فى ب ، م : « بعوض » .
(١٨) فى ب : « رضى » .
(١٩) فى الأصل : « بشركة » .
(٢٠) سقط من : الأصل .

شُفْعَتُه ؛ لأنّ الضَّرَرَ فيما أَبْطَنَه أَكْثَرُ ، فإذا لم يَرْضَ به بالثمنِ القَلِيلِ مع قِلَّةِ ضَرَرِه ، فبالكثيرِ [٢١] أَوْلَى .

**فصل** : وإن لَقِيَهُ الشَّفِيعُ فى غيرِ بَلَدِه فلم يُطَالِبْهُ ، وقال : إنَّما تَرَكْتُ المُطَالَبَةَ لأُطَالِبَهُ فى البَلَدِ الذى فيه البَيْعُ ، أو المَبِيعُ ، أو لآخُذَ الشِّقْصَ فى مَوْضِعِ الشُّفْعَةِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بِعُذْرٍ فى تَرْكِ المُطَالَبَةِ ، فإنَّها لا تَقِفُ على تَسْلِيمِ الشِّقْصِ ، ولا على حُضُورِ البَلَدِ الذى هو فيه . وإن قال : نَسِيتُ ، فلم أَذْكُر المُطَالَبَةَ . أو نَسِيتُ البَيْعَ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه [٢٢] خِيَارٌ على الفَوْرِ ، فإذا أَخَّرَهُ نِسْيانًا بَطَلَ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وكما لو أَمْكَنَتِ المُعْتَقَةُ زَوْجَها من وَطْئِها نِسْيانًا . ويَحْتَمِلُ أن لا تَسْقُطَ المُطَالَبَةُ / ؛ لأنَّه تَرَكَها لِعُذْرٍ ، فأَشْبَه مالو تَرَكَها لِعَدَمِ عِلْمِه بها . وإن تَرَكَها جَهْلًا باسْتِحْقاقِه لها ، بَطَلَتْ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ‏٣٧/٥و

**فصل** : وإذا قال الشَّفِيعُ لِلْمُشْتَرِى : بِعْنِى ما اشْتَرَيْتَ . أو قَاسِمْنِى . بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه يَدُلُّ على رِضَاهُ بشِرائِه وتَرْكِه لِلشُّفْعَةِ . وإن قال : صَالِحْنِى على مالٍ . سَقَطَتْ أيضا . وقال القاضى : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه لم يَرْضَ بإسْقَاطِها ، وإنَّما رَضِىَ بالمُعَاوَضَةِ عنها ، ولم تَثْبُتِ المُعَاوَضَةُ ، فبَقِيَتِ الشُّفْعَةُ . ولَنا ، أنَّه رَضِىَ بتَرْكِها ، وطَلَبَ عِوَضَها ، فثَبَتَ [٢٣] التَّرْكُ المَرْضِىُّ به ، ولم يَثْبُت العِوَضُ . كما لو قال : بِعْنِى . فلم يَبِعْهُ . ولأنَّ تَرْكَ المُطَالَبَةِ بها كافٍ فى سُقُوطِها ، فمع طَلَبِ عِوَضِها أَوْلَى . ولأَصْحابِ الشّافِعِىِّ وَجْهانِ كهٰذَيْن . فإن صَالَحَه عنها بِعِوَضٍ ، لم يَصِحَّ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن إزَالَةِ مِلْكٍ ، فجازَ كأَخْذِ [٢٤] العِوَضِ [٢٥] عن تَمْلِيكِ [٢٥] امْرَأَةٍ أَمْرَهَا . ولَنا ، أنَّه خِيَارٌ لا يَسْقُطُ إلى مالٍ ، فلم يَجُزْ أَخْذُ

(٢١) فى م : « فالكثير » .
(٢٢) فى م : « لأنها » .
(٢٣) فى م : « فيثبت » .
(٢٤) فى م : « أخذ » .
(٢٥ – ٢٥) فى م : « عنه كتمليك » .

العِوَضِ عنه ، كخِيَارِ الشَّرْطِ . ويَبْطُلُ ما قالَه بخِيَارِ الشَّرْطِ . وأمَّا الخُلْعُ فهو مُعَاوَضَةٌ عما[٢٦] مَلَكَه بِعِوَضٍ ، وهـٰهُنا بِخِلَافِه .

**فصل** : وإن قال : آخُذُ نِصْفَ الشِّقْصِ . سَقَطَتْ شُفْعَتُه . وبهذا قال محمدُ بن الحَسَنِ ، وبعضُ أَصْحابِ الشّافِعِيِّ . وقال أبو يوسُفَ : لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّ طَلَبَه بِبَعْضِها طَلَبٌ بجَمِيعِها ، لكَوْنِها لا تَتَبَعَّضُ ، ولا يجوزُ أَخْذُ بعضِها . ولَنا ، أنَّه تارِكٌ لِطَلَبِ بعضِها ، فيَسْقُطُ ، ويَسْقُطُ باقِيها ؛ لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ . ولا يَصِحُّ ما ذَكَرَه ؛ فإنَّ طَلَبَ بعضِها ليس بطَلَبٍ لِجَمِيعِها ، وما لا يَتَبَعَّضُ لا يَثْبُتُ حتى يَثْبُتَ السَّبَبُ فى جَمِيعِه ، كالنِّكَاحِ . ويُخَالِفُ السُّقُوطَ ؛ فإنَّ الجَمِيعَ يَسْقُطُ[٢٧] بوُجُودِ السَّبَبِ فى بعضِه ، كالطَّلَاقِ والعَتَاقِ .

**فصل** : وإن أَخَذَ الشِّقْصَ بثَمَنٍ مَغْصُوبٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه بالعَقْدِ استَحَقَّ الشِّقْصَ بمثلِ ثَمَنِه فى الذِّمَّةِ ، فإذا عَيَّنَه فيما لا يَمْلِكُه[٢٨] ، سَقَطَ التَّعْيِينُ ، وبَقِيَ الاسْتِحْقاقُ فى الذِّمَّةِ ، فأشْبَهَ ما لو أَخَّرَ الثمنَ ، أو كما لو اشْتَرَى شَيْئًا آخَرَ ، ونَقَدَ فيه ثَمَنًا مَغْصُوبًا . والثانى ، تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ أَخْذَه لِلشِّقْصِ بما لا يَصِحُّ[٢٩] ([٣٠]أَخْذُه به[٣٠]) تَرْكٌ له ، وإعْراضٌ عنه ، فتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ، كما لو تَرَكَ الطَّلَبَ بها .

**فصل** : ومَن وَجَبَتْ له الشُّفْعَةُ ، فباعَ نَصِيبَه عالِمًا بذلك ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه لم يَبْقَ له مِلْكٌ يَسْتَحِقُّ به ، ولأنَّ الشُّفْعةَ ثَبَتَتْ له[٣١] لإزالةِ الضَّرَرِ الحاصِلِ بالشَّرِكَةِ عنه ،

---

(٢٦) فى ب : « عن » .
(٢٧) فى الأصل : « سقط » .
(٢٨) فى ب : « يمكنه » .
(٢٩) فى ب : « يصلح » .
(٣٠ – ٣٠) سقط من : الأصل ، ب .
(٣١) سقط من : الأصل .

٣٧/٥ظ وقد / زَالَ ذلك بِبَيْعِه . وإن باعَ بعضَه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَسْقُطُ أيضا ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ بجَمِيعِه ، فإذا باعَ بعضَه سَقَطَ ما تَعَلَّقَ بذلك من اسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ ، فيَسْقُطُ باقِيها ، لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ ، فيَسْقُطُ[٣٢] جَمِيعُها بِسُقُوطِ بعضِها ، كالنِّكاحِ والرِّقِّ ، وكما لو عَفَا عن بعضِها . والثانى ، لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه قد بَقِىَ من[٣٣] نَصِيبِه ما يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ فى جَمِيعِ المَبِيعِ لو انْفَرَدَ ، فكذلك إذا بَقِىَ . ولِلْمُشْتَرِى الأوَّل الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثانى فى المسألةِ الأُولَى ، وفى الثانية إذا قُلْنا بسُقُوطِ[٣٤] شُفْعَةِ البائِعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى المَبِيعِ ، وإن قُلْنا : لا تَسْقُطُ شُفْعةُ البائعِ . فله أخذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأوَّل . وهل للمُشْتَرِى الأوَّل شُفْعَةٌ على المُشْتَرِى الثانى ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، له الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ ، فإنَّ المِلْكَ ثابتٌ له يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيه بجَمِيعِ التَّصَرُّفاتِ ، ويَسْتَحِقُّ نَماءَه وفَوائِدَه ، واسْتِحْقاقُ الشُّفْعةِ به من فوائِدِه . والثانى ، لا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّ مِلْكَه يُوجَدُ بها ، فلا تُؤْخَذُ الشُّفْعةُ به ، ولأنَّ مِلْكَه مُتَزَلْزِلٌ ضَعِيفٌ ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ به لِضَعْفِه . والأوَّلُ أقْيَسُ ؛ فإنَّ اسْتِحْقاقَ أخْذِه منه لا يَمْنَعُ أن يَسْتَحِقَّ به الشُّفْعةَ ، كالصَّدَاقِ قبلَ الدُّخُولِ ، والشِّقْصِ المَوْهُوبِ لِلْوَلَدِ . فعلى هذا لِلْمُشْتَرِى الأوَّلِ الشُّفْعَةُ على المُشْتَرِى الثانى ، سواءٌ أخَذَ منه[٣٥] المَبِيعَ بالشُّفْعةِ أو لم[٣٦] يأْخُذْ ، وللبائعِ[٣٦] الثانى إذا باعَ بعضَ الشِّقْصِ الأَخْذُ من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . فأمَّا إن باعَ الشَّفِيعُ مِلْكَه قبلَ عِلْمِه بالبَيْعِ الأوَّلِ ، فقال القاضى : تَسْقُطُ شُفْعَتُه أيضا ؛ لما ذَكَرْناه ، ولأنَّه زالَ السَّبَبُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعَةَ ، وهو المِلْكُ الذى يَخافُ الضَّرَرَ بسَبَبِه ، فصارَ كمَن اشْتَرَى مَعِيبًا ، فلم يَعْلَمْ عَيْبَه حتى زالَ أو حتى باعَهُ . فعلى هذا ، حُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَ مع عِلْمِه ، سواءٌ فيما إذا باعَ جَمِيعَه أو بعضَه . وقال أبو

---

(٣٢) فى ب : « فسقط » .

(٣٣) فى ب : « فى » .

(٣٤) فى م : « تسقط » .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦ – ٣٦) فى الأصل : « يأخذه البائع » . وفى ب : « يؤخذ وللبائع » .

الخَطَّابِ : لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه(٣٧ لأنَّها ثَبَتَتْ ٣٧) له ولم يُوجَدْ منه رِضًى بتَرْكِها ، ولا ما يَدُلُّ على إسْقاطِها ، والأَصْلُ بَقاؤُها فتَبْقَى . وفارَقَ ما إذا عَلِمَ ، فإنَّ بَيْعَه دَلِيلٌ على رِضَاهُ بتَرْكِها ، فعلى هذا ، للبائعِ الثانى أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الأَوَّلِ ، فإن عَفَا عنه[٣٨] ، فلِلمُشْتَرِى الأوَلِ أخْذُ الشِّقْصِ من المُشْتَرِى الثانى ، وإن أخَذَ منه ، فهل لِلْمُشْتَرِى الأوَلِ الأخْذُ من الثانى ؟ على وَجْهَيْنِ .

**٨٧٣ – مسألة ؛ قال : ( وَمَنْ كَانَ غائِبًا ، وعَلِمَ بِالْبَيْعِ فِى وَقْتِ قُدُومِهِ ، فَلَهُ الشُّفْعَةُ ، (١ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ )**

٣٨/٥و / وجملةُ ذلك أنَّ الغائِبَ له شُفْعَةٌ ١) . فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . رُوِى ذلك عن شُرَيْحٍ ، والحَسَنِ ، وعَطَاءٍ . وبه قال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والشّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ورُوِىَ عن النَّخَعِىِّ : ليس للغائِبِ شُفْعَةٌ . وبه قال الحارِثُ العُكلِىُّ ، والبَتِّىُّ ، إلَّا للغائِبِ القَرِيبِ ؛ لأنَّ إثْباتَ الشُّفْعةِ له[٢] يَضُرُّ بالمُشْتَرِى ، ويَمْنَعُ من اسْتِقْرارِ مِلْكِه وتَصَرُّفِه على حَسَبِ اخْتِيارِه ، خَوْفًا من أخْذِه ، فلم يَثْبُتْ ذلك كثُبُوتِه للحاضِرِ على التَّراخِى . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السلامُ : « الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ »[٣] . وسائِرُ الأحادِيثِ ، ولأنَّ الشُّفْعةَ حَقٌّ مالِىٌّ وُجِدَ سَبَبُه بالنِّسْبةِ إلى الغائِبِ ، فيَثْبُتُ له ، كالإرْثِ ، ولأنَّه شَرِيكٌ لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ ، فتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ عند عِلْمِه ، كالحاضِرِ إذا كُتِمَ عنه البَيْعُ ، والغائِبِ غَيْبةً قَرِيبةً ، وضَرَرُ المُشْتَرِى يَنْدَفِعُ بإيجابِ القِيمَةِ له ، كما فى الصُّوَرِ[٤] المذْكُورةِ . إذا

---

(٣٧ – ٣٧) فى ب : « لأنَّه أثبتت » .

(٣٨) فى الأصل : « عنها » .

(١ – ١) سقط من : ب .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(٤) فى م : « الصورة » .

ثَبتَ هذا ، فإنَّه إذا لم يَعْلَمْ بالبَيْعِ إلَّا وَقْتَ قُدُومِه ، فله المُطَالَبةُ وإن طالَتْ غَيْبَتُه ؛ لأنَّ هذا الخِيَارَ يَثْبُتُ لإزَالةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فتَرَاخِى الزَّمانِ قبلَ العِلْمِ به لا يُسْقِطُه[٥] ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ومتى عَلِمَ فحُكْمُه فى المُطَالَبةِ حُكْمُ الحاضِرِ ، فى أنَّه إن طَالَبَ على الفَوْرِ اسْتَحَقَّ ، وإلَّا بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، وحُكْمُ المَرِيضِ والمَحْبُوسِ وسائِرِ من لم يَعْلَم البَيْعَ لِعُذْرٍ ، حُكْمُ الغائِبِ ؛ لما ذَكَرْنا .

**٨٧٤ – مسألة ؛ قال : ( وَإِنْ عَلِمَ وَهُوَ فِى السَّفَرِ ، فَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى مُطَالَبَتِهِ ، فَلَا شُفْعَةَ لَهُ )**

ظاهِرُ هذا أنَّه متى عَلِمَ الغائِبُ بالبَيْعِ ، وقَدَرَ على الإشْهادِ على[١] المُطَالَبةِ فلم يَفْعَلْ ، أنَّ شُفْعَتَه تَسْقُطُ ، سواءٌ قَدَرَ على التَّوْكِيلِ أو عَجَزَ عنه ، أو سارَ عَقِيبَ العِلْمِ أو أقامَ . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ أبى طَالِبٍ ، فى الغائِبِ : له الشُّفْعَةُ إذا بَلَغَهُ أشْهَدَ ، وإلَّا فليس له شىءٌ . وهو وَجْهٌ للشّافِعِىِّ ، والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يَحْتاجُ إلى الإشْهادِ ؛ لأنَّه[٢] ثَبتَ عُذْرُه ، فالظاهِرُ أنَّه تَرَكَ الشُّفْعةَ لذلك . فقُبِلَ قولُه فيه . ولَنا ، أنَّه قد يَتْرُكُ الطَّلَبَ لِلعُذْرِ ، وقد يَتْرُكُه[٣] لغيرِه ، وقد يَسِيرُ لِطَلَبِ الشُّفْعةِ ، وقد يَسِيرُ لغيرِه ، وقد قَدَرَ أن يُبَيِّنَ ذلك بالإشْهادِ ، فإذا لم يَفْعَلْ سَقَطَتْ شُفْعَتُه ، كتارِكِ الطَّلَبِ مع حُضُورِه . وقال القاضى : إن سارَ عَقِيبَ عِلْمِه إلى البَلَدِ الذى فيه المُشْتَرِى من غيرِ إشْهادٍ ، احْتَمَلَ أن لا تَبْطُلَ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ ظاهِرَ سَيْرِه أنَّه للطَّلَبِ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ، والعَنْبَرِىِّ ، وقولٌ لِلشّافِعِىِّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : له من الأَجَلِ بعدَ العِلْمِ قَدْرُ السَّيْرِ / ، فإن مَضَى الأَجَلُ قبلَ أن يَبْعَثَ أو يَطْلُبَ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه . وقال العَنْبَرِىُّ : له ٥/٣٨ظ

---

(٥) فى الأصل : « يسقط » .

(١) فى م : « وعلى » .

(٢) فى الأصل زيادة : « إذا » .

(٣) فى م : « يترك » .

مَسافةُ الطَّرِيقِ ذاهِبًا وجائِيًا ؛ لأنَّ عُذْرَه فى تَرْكِ الطَّلَبِ (٤ ظاهِرٌ ، فلم يَحْتَجْ معه إلى الشَّهادةِ . وقد ذَكَرْنا وَجْهَ قولِ الخِرَقِىِّ . ولا خِلافَ فى أنَّه إذا عَجَز عن الإشْهادِ فى سَفَرِه ، أنَّ شُفْعَتَه لا تَسْقُطُ ؛ لأنَّه مَعْذُورٌ فى تَرْكِه ، فأشْبَهَ ما لو تَرَكَ (٤) الطَّلَبَ لِعُذْرٍ (٥) أو لِعَدَمِ العِلْمِ ، ومتى قَدَرَ على الإشْهادِ فأخَّرَه ، كان كتَأْخِيرِ الطَّلَبِ للشُّفْعةِ ، إن كان لِعُذْرٍ لم تَسْقُطِ الشُّفْعةُ ، وإن كان لغيرِ عُذْرٍ سَقَطَتْ ؛ لأنَّ الإشْهادَ قائِمٌ مَقامَ الطَّلَبِ ، ونائِبٌ عنه ، فيُعْتَبَرُ له ما يُعْتَبَرُ للطَّلَبِ . ومن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ، كالصَّبِىِّ والمَرْأةِ والفاسِقِ ، فتَرَكَ الإشْهادَ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بتَرْكِه ؛ لأنَّ قولَهم غيرُ مُعْتَبَرٍ ، فلم يَلْزَمْ إشْهادُهم كالأطْفالِ والمَجانِينِ . وإن لم يَجِدْ من يُشْهِدُه إلَّا مَن لا يَقْدَمُ معه إلى مَوْضِعِ المُطالَبةِ ، فلم يُشْهِدْ ، فالأوْلَى أنَّ شُفْعَتَه لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّ إشْهادَه لا يُفِيدُ ، فأشْبَهَ إشْهادَ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه . فإن لم يَجِدْ إلَّا مَسْتُورَىِ الحالِ ، فلم يُشْهِدْهُما ، احْتَمَلَ أن تَبْطُلَ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ شَهادَتَهما يُمْكِنُ إثْباتُها بالتَّزْكِيةِ ، فأشْبَها العَدْلَيْنِ، ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ؛ لأنَّه يَحْتاجُ فى إثْباتِ شَهادتِهما إلى كُلْفةٍ كَثِيرةٍ، وقد لا يَقْدِرُ على ذلك ، فلا تُقْبَلُ شَهادَتُهما ، وإن أشْهَدَهُما لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، سواءٌ قُبِلَتْ شَهادَتُهما أو لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّه لم يُمْكِنْهُ أكْثَرُ من ذلك ، فأشْبَهَ العاجِزَ عن الإشْهادِ . وكذلك إن لم يَقْدِرْ إلَّا على إشْهادِ واحِدٍ ، فأشْهَدَه ، أو تَرَكَ إشْهادَهُ .

**فصل** : إذا أشْهَدَ على المُطالَبةِ ، ثم أخَّرَ القُدُومَ مع إمْكانِه ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ الشُّفْعةَ بحالِها . وقال القاضى : تَبْطُلُ شُفْعَتُه . وإن لم يَقْدِرْ على المَسِيرِ (٦) ، وقَدَرَ على التَّوْكِيلِ فى طَلَبِها ، فلم يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ أيضا؛ لأنَّه تارِكٌ لِلطَّلَبِ بها مع قُدْرَتِه عليه ، فسَقَطَتْ ، كالحاضِرِ ، أو كما لو لم يُشْهِدْ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ لهم فيما إذا قَدَرَ على التَّوْكِيلِ فلم يَفْعَلْ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ؛ لأنَّ له غَرَضًا بأن

(٤ - ٤) سقط من : ب .
(٥) فى م : « لعذره » .
(٦) فى الأصل : « السير » .

يُطَالِبَ لِنَفسِه ، لِكَوْنِه أَقْوَمَ بذلك أو يخافُ[7] الضَّرَرَ من جِهَةِ وَكِيلِه ، بأن يُقِرَّ عليه بِرِشْوَةٍ أو غيرِ ذلك ، فيَلْزَمُه إقْرارُه ، فكان مَعْذُورًا . ولَنا ، أنَّ عليه فى السَّفَرِ ضَرَرًا ، لِالْتِزامِه كُلْفَتَه ، وقد يكون له حَوائِجُ وتِجارَةٌ يَنْقَطِعُ عنها ، وتَضيِيعُ بِغَيْبَتِه ، والتَّوْكِيلُ إن كان بِجُعْلٍ لَزِمَهُ غُرْمٌ ، وإن كان بغيرِ جُعْلٍ لَزِمَتْه مِنَّةٌ . ويَخافُ الضَّرَرَ من جِهَتِه ، فاكْتَفَى بالإِشْهَادِ . فأمَّا إن تَرَكَ السَّفَرَ ، لِعَجْزِه عنه ، أو لِضَرَرٍ يَلْحَقُه فيه ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه / مَعْذُورٌ ، فأشْبَهَ مَن لم يَعْلَمْ . وإن لم يَقْدِرْ على الإِشْهادِ ، ٣٩/٥و وأمْكَنَه السَّفَرُ أو التَّوْكِيلُ ، فلم يَفْعَلْ ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه تارِكٌ لِلطَّلَبِ بها مع إمْكانِه ، من غيرِ وُجُودِ ما يَقُومُ مَقامَ الطَّلَبِ ، فسَقَطَتْ ، كما لو كان حاضِرًا .

**فصل** : ومَن كان مَرِيضًا مَرَضًا لا يَمْنَعُ المُطَالَبَةَ ، كالصُّداعِ اليَسِيرِ ، والألَمِ القَلِيلِ ، فهو كالصَّحِيحِ . وإن كان مَرَضًا يَمْنَعُ المُطَالَبَةَ ، كالحُمَّى وأشْباهِها ، فهو كالغائِبِ فى الإِشْهادِ والتَّوْكِيلِ . وأمَّا المَحْبُوسُ ، فإن كان مَحْبُوسًا ظُلْمًا ، أو بِدَيْنٍ لا يمكنُه أداؤُه ، فهو كالمَرِيضِ ، وإن كان مَحْبُوسًا بحَقٍّ يَلْزَمُه أداؤُه ، وهو قادِرٌ عليه ، فهو كالمُطْلَقِ ، إن[8] لم يُبادِرْ إلى المُطَالَبةِ ، ولم يُوَكِّلْ فيها ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّه تَرَكَها مع القُدْرَةِ عليها .

**٨٧٥** – مسألة ؛ قال : ( **فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى تَبايَعَ ذٰلِكَ ثَلاثَةٌ أوْ أكْثَرُ ، كَانَ لَهُ أنْ يُطَالِبَ بالشُّفْعَةِ مَنْ شاءَ مِنْهُمْ ، فَإنْ طَالَبَ الأَوَّلَ ، رَجَعَ الثانى بالثَّمَنِ الَّذِى أُخِذَ مِنْهُ ، والثَّالِثُ عَلَى الثَّانِى** )

وجملةُ ذلك ، أنَّ المُشْتَرِىَ إذا تَصَرَّفَ فى المَبِيعِ قبلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ ، أو قبلَ عِلْمِه ، فتَصَرُّفُه صَحِيحٌ ؛ لأنَّه مَلَكَهُ ، وصَحَّ قَبْضُه له ، ولم يَبْقَ إلَّا أنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَ أن يَتَمَلَّكَه عليه ، وذلك لا يَمْنَعُ من تَصَرُّفِه ، كما لو كان أحدُ العِوَضَيْنِ فى البَيْعِ مَعِيبًا ، لم يَمْنَع

---

(7) فى م : « يخالف » .

(8) فى ب : « وإن » .

التَّصرُّفَ [(1] في الآخَرِ ، والمَوْهُوبُ له يجوزُ له التَّصرُّفُ [1)] في الهِبَةِ ، وإن كان الواهِبُ ممَّن له الرُّجُوعُ فيه ، فمتى تَصرَّفَ فيه تَصرُّفًا صَحِيحًا[(2)] تَجِبُ به الشُّفْعةُ ، مثل أن باعَهُ ، فالشَّفِيعُ بالخِيَارِ ، إن شاءَ فَسَخَ البَيْعَ الثانى وأخَذَهُ بالبَيْعِ الأَوَّلِ بِثَمَنِه ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ وَجَبَتْ له قبلَ تَصرُّفِ المُشْتَرِى ، وإن شاءَ أمْضَى تَصرُّفَه وأخَذَ بالشُّفْعةِ من المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّه شَفِيعٌ فى العَقْدَيْنِ ، فكان له الأخْذُ بما شاءَ منهما . وإن تَبَايَعَ ذلك ثلاثةٌ ، فله أن يَأْخُذَ المَبِيعَ بالبَيْعِ الأَوَّلِ ، ويَنْفَسِخُ العَقْدانِ الأخِيرانِ ، وله أن يَأْخُذَه بالثانى ، ويَنْفَسِخُ الثالِثُ وحدَه ، وله أن يَأْخُذَه بالثالِثِ ، ولا يَنْفَسِخُ شىءٌ من العُقُودِ ، فإذا أخَذَهُ من الثالِثِ ، دَفَعَ إليه الثمنَ الذى اشْتَرَى به ، ولم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ لأنَّه وَصَلَ إليه الثمنُ الذى اشْتَرَى به ، [(3] وإن أخَذَ من الثانى الثمَنَ دَفَعَ إليه الذى اشْتَرَى به [3)] ، ورَجَعَ الثالثُ عليه بما أعْطاهُ ؛ لأنَّه قد انْفَسَخَ عَقْدُه ، وأُخِذَ الشِّقْصُ منه ، فيَرْجِعُ[(4)] بِثَمَنِه على الثانى ؛ لأنَّه أخَذَهُ منه ، وإن أخَذَ بالبَيْعِ الأَوَّلِ ، دَفَعَ إلى المُشْتَرِى الأَوَّل الثمنَ الذى اشْتَرَى به ، وانْفَسخَ عَقْدُ الآخَرَيْنِ ، ورَجَعَ[(5)] الثالثُ على الثانى بما أعْطاهُ ، ورَجَعَ الثانى على الأَوَّلِ بما أعْطاهُ ، فإذا كان الأَوَّلُ اشْتَراهُ بعَشَرَةٍ ، ثم اشْتَراهُ الثانى بعِشْرِينَ ، ثم اشْتَراهُ الثالثُ بثَلاثِينَ ، فأخَذَهُ بالبَيْعِ الأَوَّلِ ، دَفَعَ إلى الأَوَّلِ عَشَرَةً ، وأخَذَ الثانى من الأَوَّلِ عِشْرِينَ ، وأخَذَ الثالثُ من الثانى ثَلَاثِينَ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ إنَّما يُؤْخَذُ من الثالِثِ ، لكَوْنِه فى يَدِه وقد انْفَسَخَ عَقْدُه ، فيَرْجِعُ بِثَمَنِه الذى وَزَنَهُ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وبه يقول مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى . وما كان فى معنى البَيْعِ ممَّا تَجِبُ به الشُّفْعةُ ، فهو كالبَيْعِ ، فيما ذَكَرْنا ، وما[(6)] كان ممَّا لا تَجِبُ به الشُّفْعةُ ،

---

(1 – 1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : الأصل ، ب .

(3 – 3) سقط من : الأصل . وفى ب : « وإن أخذ من الثانى دفع إليه الثمن الذى اشترى به » .

(4) فى الأصل ، ب : « فرجع » .

(5) فى الأصل : « ويرجع » .

(6) فى م : « وإن » .

فهو كالهِبَةِ والوَقْفِ ، على ما سَنَذْكُرُه ، إن شاء اللهُ تعالى .

**فصل** : وإن تَصرَّفَ المُشْتَرِى فى الشِّقْصِ بما لا تَجِبُ به الشُّفْعَةُ ، كالوَقْفِ والهِبَةِ والرَّهْنِ ، وجَعْلِه مَسْجِدًا ، فقال أبو بكرٍ : للشَّفِيعِ فَسْخُ ذلك التَّصرُّفِ ، ويَأْخُذُه بالثمَنِ الذى وَقَعَ البَيْعُ به . وهو قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ[7] الشَّفِيعَ مَلَكَ فَسْخَ البَيْعِ[8] الثانى والثالِثِ ، مع إمكانِ الأَخْذِ بهما ، فلأنْ[9] يَمْلِكَ فَسْخَ عَقْدٍ لا يُمْكِنُه الأخْذُ به أَوْلَى ، ولأنَّ حَقَّ الشَّفِيعِ أَسْبَقُ ، وجَنَبَتُه أقْوَى ، فلم يَمْلِك المُشْتَرِى أن يَتَصرَّفَ تَصرُّفًا يُبْطِلُ حَقَّه . ولا يَمْتَنِعُ أن يَبْطُلَ الوَقْفُ لأَجْلِ حَقِّ الغيرِ ، كما لو وَقَفَ المَرِيضُ أمْلاكَه وعليه دَيْنٌ ، فإنَّه إذا ماتَ ، رُدَّ الوَقْفُ إلى الغُرَماءِ والوَرَثَةِ فيما زادَ على ثُلُثِه ، بل لهم إبْطالُ العِتْقِ ، فالوَقْفُ أوْلَى . وقال القاضى : المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ عَلِىِّ بن سَعِيدٍ ، وبَكْرِ بن محمدٍ ، إسْقاطُ الشُّفْعةِ فيما إذا تَصرَّفَ بالوَقْفِ والهِبَةِ . وحُكِىَ ذلك عن المَاسَرْجِسِىِّ[10] فى الوَقْفِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ فى المَمْلُوكِ ، وقد خَرَجَ هذا عن كونِه مَمْلُوكًا . وقال ابنُ أبى موسَى : مَن اشْتَرَى دارًا ، فجَعَلَها مَسْجِدًا ، فقد اسْتَهْلَكَها ، ولا شُفْعةَ فيها . ولأنَّ فى الشُّفْعةِ هٰهُنا إضْرارًا بالمَوْهُوبِ له ، والمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عنه بغيرِ عِوَضٍ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ ، بخِلَافِ البَيْعِ ، فإنَّه إذا فَسَخَ البَيْعَ الثانىَ ، رَجَعَ المُشْتَرِى الثانى بالثمنِ الذى أُخِذَ منه ، فلا يَلْحَقُه ضَرَرٌ ، ولأنَّ ثُبُوتَ الشُّفْعةِ هٰهُنا يُوجِبُ رَدَّ العِوَضِ إلى غيرِ المالِكِ ، وسَلْبَه عن المالِكِ ، فإذا قُلْنا بِسُقُوطِ الشُّفْعةِ ، فلا كلامَ ، وإن قُلْنا بثُبُوتِها ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ ممَّن هو فى يَدِه ، ويَفْسَخُ عَقْدَه ، ويَدْفَعُ الثمنَ إلى المُشْتَرِى . وحُكِىَ عن مالِكٍ أنَّه يكونُ لِلْمَوْهُوبِ له ؛ لأنَّه يَأْخُذُ مِلْكَه . ولَنا ، أنَّ

---

(٧) فى الأصل : « إلا أن » .

(٨) فى الأصل : « المبيع » .

(٩) فى الأصل ، م : « فبأن » .

(١٠) أبو على الحسن بن عيسى بن ماسرجس الماسرجسى النيسابورى ، أسلم على يد ابن المبارك ، وكان ورعا دينا ثقة ، ولما مرَّ ببغداد وحدث بها ، عدوا فى مجلسه اثنتى عشرة ألف محبرة ، توفى سنة أربعين ومائتين . الأنساب ٥٠١ و ، العبر ١ / ٤٣٢ .

الشَّفِيعَ يُبْطِلُ الهِبَةَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ بحُكْمِ العَقْدِ الأَوَّلِ ، ولو لم يكن وَهَبَ ، كان الثمنُ له ، كذلك بعدَ الهِبَةِ المَفسُوخةِ .

**فصل** : فإن جعَلَه صَدَاقًا ، أو عِوَضًا فى خُلْعٍ / أو صُلْحٍ عن دَمٍ[11] عَمْدٍ ، انْبَنَى ذلك على الوَجْهَيْنِ فى الأَخْذِ بالشُّفْعةِ . ٥/٤٠و

**فصل**[12] : فإن قايَلَ البائعُ المُشْتَرِىَ ، أو رَدَّه[13] عليه بعَيْبٍ ، فلِلشَّفِيعِ فَسْخُ الإقَالةِ والرَّدِّ ، والأخذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأَنَّ حَقَّهُ سابِقٌ عليهما ، ولا يُمْكِنُه الأخْذُ معهما . وإن تَحالَفا على الثَّمنِ ، وفَسَخا البَيْعَ ، فلِلشَّفِيعِ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ بما حَلَفَ عليه البائعُ ؛ لأَنَّ البائعَ مُقِرٌّ بالبَيْعِ بالثمنِ الذى حَلَفَ عليه ، ومُقِرٌّ لِلشَّفِيعِ باسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ بذلك ، فإذا بَطَلَ حَقُّ المُشْتَرِى بإنْكارِه ، لم يَبْطُلْ حَقُّ الشَّفِيعِ بذلك ، وله أن يُبْطِلَ فَسْخَهُما ويَأْخُذَ ؛ لأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ .

**فصل** : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ ، ثم وَجَدَ بائعُ الشِّقْصِ بالعَبْدِ عَيْبًا ، فله رَدُّ العَبْدِ واسْتِرجاعُ الشِّقْصِ ، ويُقَدَّمُ على حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأَنَّ فى تَقْدِيمِ حَقِّ الشَّفِيعِ إضْرارًا بالبائعِ ، بإسْقاطِ حَقِّه فى[14] الفَسْخِ الذى اسْتَحَقَّه ، والشُّفْعةُ[15] تَثْبُتُ لإِزالةِ الضَّرَرِ ، فلا تَثْبُتُ على وَجْهٍ يَحْصُلُ بها الضَّرَرُ ، فإن الضَّرَرَ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ . وقال أصْحابُ الشّافِعِىِّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ : يُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأَنَّ حَقَّه أَسْبَقُ ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه ، كما لو وَجَدَ المُشْتَرِى بالشِّقْصِ عَيْبًا فرَدَّهُ . ولَنا ، أَنَّ فى الشُّفْعةِ إبْطالَ حَقِّ البائعِ ، وحَقُّه أسْبَقُ ؛ لأنَّه اسْتَنَدَ إلى وُجودِ العَيْبِ ، وهو مَوْجُودٌ حالَ البَيْعِ ، والشُّفْعة ثَبَتَتْ بالبَيْعِ ، فكان حَقُّ البائعِ سابِقًا ، وفى الشُّفْعةِ إبْطالُه ، فلم تَثْبُتْ ، ويُفارِقُ[16] ما

---

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى الأصل ، ب : « رد » .

(١٤) فى الأصل ، م : « من » .

(١٥) فى م زيادة : « لا » .

(١٦) فى ب : « وفارق » .

إذا كان الشِّقْصُ مَعِيبًا ، فإنَّ حَقَّ المُشْتَرِى إنَّما هو فى اسْتِرْجاعِ الثمَنِ ، وقد حَصَلَ له من الشَّفِيعِ ، فلا فائِدَةَ فى الرَّدِّ ، وفى مَسْأَلَتِنا حَقُّ البائِعِ فى اسْتِرْجاعِ الشِّقْصِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك مع الأخْذِ بالشُّفْعةِ ، فافْتَرقَا . فإن لم يَرُدَّ البائِعُ [17] العَبْدَ المَعِيبَ [17] حتى أخَذَ الشَّفِيعُ ، كان له رَدُّ العَبْدِ ، ولم يَمْلِكْ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ مَلَكَهُ بالأخْذِ ، فلم يَمْلِكِ البائِعُ إبْطالَ مِلْكِه ، كما لو باعَهُ المُشْتَرِى لأجْنَبِىٍّ ، فإنَّ الشُّفْعةَ بَيْعٌ فى الحَقِيقَةِ ، ولكن يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الشِّقْصِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ التَّالِفِ ، والمُشْتَرِى قد أخَذَ من الشَّفِيعِ قِيمَةَ العَبْدِ ، فهل يَتَراجعانِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا يَتَراجعانِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَ بالثَّمنِ الذى وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وهو قِيمَةُ العَبْدِ صَحِيحًا لا عَيْبَ فيه ، بدَلِيلِ أنَّ البائِعَ إذا عَلِمَ بالعَيْبِ مَلَكَ رَدَّه . ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَه بقِيمَتِه مَعِيبًا ؛ لأنَّه إنَّما أعْطَى عَبْدًا مَعِيبًا ، فلا يَأْخُذُ قِيمَةَ غيرِ ما أعْطَى . والثانى ، يَتَراجعانِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما يَأْخُذُ بالثَّمنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، والذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ / قِيمَةُ الشِّقْصِ ، فإذا قُلْنا : يَتَراجعانِ . فأيُّهما كان ما دَفَعَهُ أكْثَرَ ، رَجَعَ بالفَضْلِ على صاحِبِه ، وإن لم يَرُدَّ البائِعُ العَبْدَ ، ولكن أخَذَ أرْشَه ، لم يَرْجِع المُشْتَرِى على الشَّفِيعِ بشىءٍ ؛ لأنَّه إنَّما دَفَعَ إليه قِيمَةَ العَبْدِ غيرَ مَعِيبٍ . وإن أدَّى قِيمَتَه مَعِيبًا رَجَعَ المُشْتَرِى عليه ، بما أدَّى من أرْشِه . وإن عَفَا عنه ، ولم يَأْخُذْ أرْشًا ، لم يَرْجِع الشَّفِيعُ عليه بشىءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ لازِمٌ من جِهَةِ المُشْتَرِى ، لا يَمْلِكُ فَسْخَه ، فأشْبَه ما لو حَطَّ عنه بعضَ الثمَنِ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ . وإن عادَ الشِّقْصُ إلى المُشْتَرِى ، بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو إرْثٍ أو غيرِه ، فليس للشَّفِيعِ [18] أخْذُه بالبَيْعِ الأوَّلِ ؛ لأنَّ مِلْكَ المُشْتَرِى زالَ عنه ، وانْقَطَعَ حَقُّه منه ، وانْتَقَلَ حَقُّه إلى القِيمَةِ ، فإذا أخَذَها لم يَبْقَ له حَقٌّ ، بخِلَافِ ما لو غَصَبَ شَيْئًا لم يَقْدِرْ على رَدِّه ، فأدَّى قِيمَتَهُ [19] ، ثم

٥/٤٠ ظ

---

(١٧-١٧) فى الأصل : « العيب » .

(١٨) فى م : « للبائع » .

(١٩) فى ب : « القيمة » .

قَدَرَ عليه ، فإنَّه يَرُدُّه ؛ لأنَّ مِلْكَ المَغْصُوبِ لم يَزُلْ عنه .

**فصل** : ولو كان ثَمَنُ الشِّقْصِ مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، فتَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، بَطَلَ البَيْعُ ، وبَطَلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه تَعذَّرَ التَّسْلِيمُ ، فتَعَذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ ، فلم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، كما لو فَسَخَ البَيْعَ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، بخِلَافِ الإِقَالَةِ والرَّدِّ بالعَيْبِ . وإن كان الشَّفِيعُ قد أَخَذَ الشِّقْصَ ، فهو كما لو أخَذَه فى المَسْأَلِةِ التى قبلَها ؛ لأنَّ لِمُشْتَرِى الشِّقْصِ التَّصَرُّفَ فيه قبلَ تَقْبِيضِ ثَمَنِه ، فأَشْبَهَ ما لو اشْتَراهُ منه أجْنَبِىٌّ .

**فصل** : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بعَبْدٍ أو ثَمَنٍ مُعَيَّنٍ ، فخَرَجَ مُسْتَحَقًّا ، فالبَيْعُ باطِلٌ ، ولا شُفْعةَ فيه ؛ لأنَّها إنَّما تَثْبُتُ فى عَقْدٍ يَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُشْتَرِى ، وهو العَقْدُ الصَّحِيحُ ، فأمَّا الباطِلُ فوُجُودُه كعَدَمِه . فإن كان الشَّفِيعُ قد أَخَذَ بالشُّفْعةِ ، لَزِمَهُ رَدُّ ما أَخَذَ على البائِعِ ، ولا يَثْبُتُ ذلك إلَّا بِبَيِّنَةٍ أو إقْرارٍ من الشَّفِيعِ والمُتَبَايِعَيْنِ . فإن أقَرَّ المُتبايِعانِ ، وأنْكَرَ الشَّفِيعُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما عليه ، وله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، ويُرَدُّ العَبْدُ على صَاحِبِه ، ويَرْجِعُ البائِعُ على المُشْتَرِى بقِيمَةِ الشِّقْصِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ والمُشْتَرِى دون البائِعِ ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، ووَجَبَ على المُشْتَرِى رَدُّ قِيمَةِ العَبْدِ على صاحِبِه ، ويَبْقَى الشِّقْصُ معه يَزْعُمُ أنَّه للبائِعِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، ويَدَّعِى عليه وُجُوبَ رَدِّ العَبْدِ ، والبائِعُ يُنْكِرُه ، فيَشْتَرِى الشِّقْصَ منه ، ويَتَبارَءانِ . وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ والبائِعُ وأنْكَرَ المُشْتَرِى ، وَجَبَ على البائِعِ رَدُّ العَبْدِ على صاحِبِه ، ولم تَثْبُتِ الشُّفْعةُ ، ولم يَمْلِكِ البائِعُ مُطَالَبَةَ المُشْتَرِى بشىءٍ ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ فى الظاهِرِ ، وقد أدَّى ثَمَنَه الذى هو مِلْكُه فى الظَّاهِرِ . /وإن أقَرَّ الشَّفِيعُ وحدَه ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ ، ولا يَثْبُتُ شىءٌ من أحْكامِ البُطْلَانِ فى حَقِّ المُتَبايِعَيْنِ . فأمَّا إن اشْتَرَى الشِّقْصَ بثَمَنٍ فى الذِّمَّةِ ، ثم نَقَدَ الثمنَ ، فبانَ مُسْتَحَقًّا ، كانت الشُّفْعَةُ واجِبَةً ؛ لأنَّ البَيْعَ صَحِيحٌ ، فإنْ تَعذَّرَ قَبْضُ الثمَنِ من المُشْتَرِى لإعْسارِه أو غيرِه ، فلِلْبائِعِ فَسْخُ البَيْعِ ، ويُقَدَّمُ حَقُّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ بالأَخذِ[20] بها يَحْصُلُ للمُشْتَرِى ما يُؤَدِّيه[21] ثمنًا ، فتزُولُ

٥/٤١و

---

(٢٠) فى ب ، م : « الأخذ » .

(٢١) فى م : « يوفيه » .

عُسْرَتُه ، ويَحْصُلُ الجَمْعُ بين الحَقَّيْنِ ، فكان أَوْلَى .

**فصل** : وإذا وَجَبَتِ الشُّفْعةُ ، وقَضَى القاضِى بها ، والشِّقْصُ فى يَدِ البائِعِ ، ودَفَعَ الثمَنَ إلى المُشْتَرِى ، فقال البائِعُ للشَّفِيعِ : أَقِلْنِى . فأَقَالَه ، لم تَصِحَّ الإقالَةُ ؛ لأنَّها تَصِحُّ بين المُتَبايِعَيْنِ ، وليس بين الشَّفِيعِ والبائِعِ بَيْعٌ ، وإنَّما هو مُشْتَرٍ من المُشْتَرِى . فإن باعَهُ إيّاهُ ، صَحَّ البَيْعُ[22] ؛ لأنَّ العَقَارَ يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه قبلَ قَبْضِه .

## ٨٧٦ – مسألة ؛ قال : ( ولِلصَّغِيرِ إذَا كَبِرَ الْمُطَالَبَةُ بالشُّفْعَةِ )

وجملةُ ذلك ، أنَّه إذا بِيعَ فى شَرِكَةِ الصَّغِيرِ شِقْصٌ ، ثَبَتَتْ[1] له الشُّفْعَةُ ، فى قولِ عامّةِ الفُقَهاءِ ، منهم الحَسَنُ ، وعَطَاءٌ ، ومالِكٌ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشّافِعِىُّ[2] ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأَصْحَابُ الرَّأْىِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا شُفْعَةَ له . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والحارِثِ العُكْلِىِّ ؛ لأنَّ الصَّبِىَّ لا يُمْكِنُه الأَخْذُ ، ولا يُمْكِنُ انْتِظَارُه حتى يَبْلُغَ . لما فيه من الإضْرَارِ بالمُشْتَرِى ، وليس للوَلِىِّ الأَخْذُ ؛ لأنَّ مَنْ لا يَمْلِكُ العَفْوَ لا يَمْلِكُ الأَخْذَ . ولَنا ، عُمُومُ الأحادِيثِ ، ولأنَّه خِيَارٌ جُعِلَ لإزالةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيَثْبُتُ فى حَقِّ الصَّبِىِّ كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . وقولُهم : لا يُمْكِنُ الأَخْذُ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ الوَلِىَّ يَأْخُذُ بها ، كما يَرُدُّ المَعِيبَ . وقولُهم : لا يُمْكِنُه العَفْوُ . يَبْطُلُ بالوَكِيلِ فيه ، وبالرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّ وَلِىَّ الصَّبِىِّ[3] لا يُمْكِنُه العَفْوُ ، ويُمْكِنُه الرَّدُّ . ولأنَّ فى الأَخْذِ تَحْصِيلًا لِلْمِلْكِ للصَّبِىِّ ، ونَظَرًا له ، وفى العَفْوِ تَضْيِيعٌ وتَفْرِيطٌ فى حَقِّه ، ولا يَلْزَمُ من مِلْكِ ما فيه الحَظُّ مِلْكُ ما فيه تَضْيِيعٌ ، ولأنَّ العَفْوَ إسْقَاطٌ لِحَقِّه ، والأَخْذَ اسْتِيفَاءٌ له ، ولا يَلْزَمُ من مِلْكِ الوَلِىِّ اسْتِيفَاءَ حَقِّ المُوَلَّى عليه ، مِلْكُ إسْقَاطِه ، بِدَلِيلِ سائِرِ حُقُوقِه ودُيُونِه .

---

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(١) فى ب : « يثبت » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « الصبر » خطأ .

وإن لم يأْخذ الوَلِىُّ ، انْتُظِرَ بُلوغُ الصَّبِىِّ ، كما يُنْتَظَرُ قُدُومُ الغائِبِ . وما ذَكَرُوه من الضَّرَرِ فى الانْتِظارِ ، يَبْطُلُ بالغائِبِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ ظاهِرَ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ لِلصَّغِيرِ إذا كَبِرَ الأَخْذَ بها ، سواءٌ عَفَا عنها الوَلِىُّ أو لم يَعْفُ ، وسواءٌ كان الحَظُّ[4] فى الأَخْذِ بها ، أو فى تَرْكِهَا . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوَايةِ ابن مَنْصُورٍ : له الشُّفْعةُ إذا بَلَغَ فاخْتارَ . ولم يُفَرِّقْ . وهذا قولُ الأَوْزَاعِىِّ ، وزُفَرَ ، ومحمد بن الحَسَنِ ، وحَكَاه بعضُ أصْحابِ / الشّافِعِىِّ عنه ؛ لأنَّ المُسْتَحِقَّ لِلشُّفْعةِ يَمْلِكُ الأَخْذَ بها ، سواءٌ كان له الحَظُّ فيها[4] أو لم يكنْ ، فلم يَسْقُطْ بتَرْكِ غيرِه ، كالغائِبِ إذا تَرَكَ وَكِيلُه الأَخْذَ بها . وقال أبو عبد اللهِ ابن حامِدٍ : إن تَرَكَها الوَلِىُّ لِحَظِّ الصَّبِىِّ ، أو لأنَّه ليس لِلصَّبِىِّ ما يَأْخُذُها به ، سَقَطَتْ . وهذا ظاهِرُ[5] مذهبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ الوَلِىَّ فَعَلَ مالَه فعْلُه ، فلم يَجُزْ لِلصَّبِىِّ نَقْضُه ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّه فَعَلَ ما فيه الحَظُّ لِلصَّبِىِّ ، فصَحَّ ، كالأَخْذِ مع الحَظِّ . وإن تَرَكَها لغيرِ ذلك ، لم تَسْقُطْ . وقال أبو حنيفةَ : تَسْقُطُ بعَفْوِ الوَلِىِّ عنها فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّ مَن مَلَكَ الأخذَ بها مَلَكَ العَفْوَ عنها ، كالمالِكِ . وخالَفَه صاحِبَاهُ فى هذا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقًّا لِلمُوَلَّى عليه ، ولا[6] حَظَّ له فى إسْقَاطِه ، فلم يَصِحَّ ، كالإِبراءِ ، وإسْقَاطِ خِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا يَصِحُّ قِيَاسُ الوَلِىِّ على المالِكِ ؛ لأنَّ لِلْمالِكِ التَّبَرُّعَ والإِبراءَ ومالا حَظَّ له فيه ، بِخِلَافِ الوَلِىِّ .

٥/٤١ ظ

**فصل** : فأمَّا الوَلِىُّ ، فإن كان لِلصَّبِىِّ حَظٌّ فى الأخذِ بها ، مثل أن يكونَ الشِّرَاءُ رَخِيصًا ، أو بثَمَنِ المِثْلِ ولِلصَّبِىِّ مالٌ لِشِرَاءِ العَقَارِ ، لَزِمَ وَلِيَّه الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ عليه الاحْتِيَاطَ له ، والأخذَ بما فيه الحَظُّ ، فإذا أخَذَ بها ، ثَبَتَ المِلْكُ لِلصَّبِىِّ ، ولم يَمْلِكْ نَقْضَه بعدَ البُلوغِ ، فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم مالِكٌ ، والشّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الأَوْزاعِىُّ : ليس لِلْوَلِىِّ الأخْذُ بها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ العَفْوَ عنها ، فلا يَمْلِكُ

---

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ب .

(٦) فى م : « لا » .

الأخْذَ بها ، كالأجْنَبِىّ ، وإنَّما يَأْخُذُ بها الصَّبِىُّ إذا كَبِرَ . ولا يَصِحُّ هذا[٧] ؛ لأنَّه خِيارٌ جُعِلَ لِإزالَةِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فمَلَكَهُ الوَلِىُّ فى حَقِّ الصَّبِىِّ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ ، وقد ذَكَرْنا فَسادَ قِياسِه فيما مَضَى . فإن تَرَكَها الوَلِىُّ مع الحَظِّ فَلِلصَّبِىِّ الأخْذُ بها إذا كَبِرَ ، ولا يَلْزَمُ الوَلِىَّ لذلك غُرْمٌ ؛ لأنَّه لم يُفَوِّتْ شَيْئًا من مَالِه ، وإنَّما تَرَكَ تَحْصِيلَ مالَهُ الحَظُّ فيه ، فأَشْبَهَ مالو تَرَكَ شِراءَ العَقَارِ له[٨] مع الحَظِّ فى شِرَائِه ، وإن كان الحَظُّ فى تَرْكِها ، مثل أن يكونَ المُشْتَرِى قد غُبِنَ ، أو كان فى الأخْذِ بها يَحْتاجُ إلى أن يَسْتَقْرِضَ ويَرْهَنَ مالَ الصَّبِىِّ ، فليس له الأخْذُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ فِعْلَ ما لا حَظَّ لِلصَّبِىِّ فيه . فإن أخَذَ ، فهل يَصِحُّ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ، ويكون باقِيًا على مِلْكِ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى له مالا يَمْلِكُ شِرَاءَه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَى بزِيَادَةٍ كَثِيرَةٍ على ثَمَنِ المِثْلِ ، أو اشْتَرَى مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ولا يَمْلِكُ الوَلِىُّ المَبِيعَ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ تُؤْخَذُ بِحَقِّ الشَّرِكَةِ ، ولا شَرِكَةَ لِلْوَلِىِّ ، ولذلك لو أرادَ الأخْذَ لِنَفْسِه ، لم يَصِحَّ ، فأشْبَهَ مالو تَزَوَّجَ لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فإنَّه يَقَعُ باطِلًا ، ولا يَصِحُّ لواحِدٍ منهما ، كذا هٰهُنا . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ . والرواية الثانية ، / يَصِحُّ الأخْذُ لِلصَّبِىِّ ؛ لأنَّه اشْتَرَى[٩] له ما يَنْدَفِعُ عنه الضَّرَرُ به ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، والحَظُّ يَخْتَلِفُ ويَخْفَى ، فقد يكونُ له حَظٌّ فى الأخذِ بأكْثَرَ من ثَمَنِ المِثْلِ[٧] ، لِزِيادَةِ قِيمَةِ مِلْكِه والشِّقْصِ الذى يَشْتَرِيه بزَوالِ الشَّرِكَةِ ، أو لأنَّ الضَّرَرَ الذى[١٠] يَنْدَفِعُ بأخْذِه كَثِيرٌ ، فلا يُمْكِنُ اعْتِبارُ الحَظِّ بِنَفْسِه لِخَفَائِه ، ولا بِكَثْرَةِ الثمَنِ لما ذَكَرْناه ، فسَقَطَ اعْتِبارُه ، وصَحَّ البَيْعُ .

٤٢/٥ و

**فصل** : وإذا باعَ وَصِىُّ الأيْتامِ ، فباعَ لأحَدِهِم نَصِيبًا فى شَرِكَةِ الآخَرِ[١١] ، كان له

---

(٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « يشترى » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى ب ، م : « آخر » .

الأَخذُ للآخَرِ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه كالشِّراءِ له . وإن كان الوَصِيُّ شَرِيكًا لمن باعَ عليه ، لم يَكُنْ له الأَخْذُ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فى بَيْعِه ، ولأنَّه بمَنْزِلَةِ مَن يَشْتَرِى لِنَفْسِه من مالِ يَتِيمِه . ولو باعَ الوَصِيُّ نَصِيبَه ، كان له الأَخْذُ لليَتِيمِ بالشُّفْعةِ ، إذا كان له الحَظُّ فيها ؛ لأنَّ التُّهْمةَ مُنْتَفِيةٌ ، فإنَّه لا يَقْدِرُ على الزِّيادةِ فى ثَمَنِه ، لكَوْنِ المُشْتَرِى لا يُوافِقُه ، ولأنَّ الثمنَ حاصِلٌ له من المُشْتَرِى ، كحُصُولِه من اليَتِيمِ ، بخِلَافِ بَيْعِه مالَ اليَتِيمِ ، فإنَّه يُمْكِنُه تَقْلِيلُ الثمنِ ليَأْخُذَ الشِّقْصَ به ، فإذا رُفِعَ الأَمْرُ إلى الحاكِمِ ، فباعَ عليه ، فلِلْوَصِىِّ الأَخْذُ حينئذ ؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ ، وإن كان مكانَ الوَصِيِّ أَبٌ ، فباعَ شِقْصَ الصَّبِىِّ ، فله أن يَأْخُذَه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ له أن يَشْتَرِىَ من نَفْسِه مالَ وَلَدِه ، لِعَدَمِ التُّهْمةِ . وإن بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ حَمْلٍ ، لم يكُنْ لِوَلِيِّه أن يَأْخُذَ له بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَمْلِيكُه بغيرِ الوَصِيَّةِ . وإذا وُلِدَ الحَمْلُ ثم كَبِرَ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، كالصَّبِىِّ إذا كَبِرَ .

**فصل** : وإذا عَفَا وَلِىُّ الصَّبِىِّ عن شُفْعَتِه التى له فيها حَظٌّ ، ثم أرادَ الأَخْذَ بها ، فله ذلك ، فى قِياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّها لم تَسْقُطْ بإسْقاطِه ، ولذلك مَلَكَ الصَّبِىُّ الأَخْذَ بها إذا كَبِرَ ،[١٢] ولو سَقَطَتْ[١٢] لم يَمْلِكِ الأَخْذَ بها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأَخْذَ بها ؛ لأنَّ ذلك يُؤدِّى إلى ثُبُوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ على التَّراخِى ، وذلك على خِلَافِ الخَبَرِ والمَعْنَى . ويُخالِفُ أَخْذَ الصَّبِىِّ بها إذا كَبِرَ ؛ لأنَّ الحَقَّ يَتَجَدَّدُ له عند كِبَرِه ، فلا يَمْلِكُ تَأْخِيرَه حينئذ ، وكذلك أَخْذُ الغائِبِ بها إذا قَدِمَ . فأمَّا إن تَرَكَها لِعَدَمِ الحَظِّ فيها ، ثم أرادَ الأَخْذَ بها ، والأَمْرُ على ما كان ، لم يَمْلِكْ ذلك ، كما لم يَمْلِكْهُ ابْتِداءً . وإن صارَ فيها حَظٌّ ، أو كان مُعْسِرًا عند البَيْعِ فأَيْسَرَ بعدَ ذلك ، انْبَنَى ذلك على سُقُوطِها بذلك ؛ فإن قُلْنا : لا تَسْقُطُ ، وللصَّبِىِّ الأَخْذُ بها إذا كَبِرَ . فحُكْمُها حُكْمُ ما فيه الحَظُّ ، وإن قُلْنا : تَسْقُطُ . فليس له الأَخْذُ بها بحالٍ ؛ لأنَّها قد سَقَطَتْ على الإِطْلاقِ ، فأَشْبَهَ ما لو عَفَا الكَبِيرُ عن شُفْعَتِه .

---

(١٢-١٢) فى الأصل : « وإذا سقط » .

٤٢/٥ظ **فصل** : / والحُكْمُ فى المَجْنُونِ المُطْبِقِ كالحُكْمِ فى الصَّبِىِّ سواءً ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّه ، وكذلكَ السَّفِيهُ لذلك ، وأما المُغْمَى عليه فلا وِلَايَةَ عليه ، وحُكْمُه حُكْمُ الغائِبِ والمَجْنُونِ[١٣] يُنْتَظَرُ إفاقَتُه . وأمَّا المُفْلِسُ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ، والعَفْوُ عنها ، وليس لِغُرَمائِه الأَخْذُ بها ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَثْبُتْ لهم فى أمْلَاكِه[١٤] قبلَ قِسْمَتِها ، ولا إجْبارُه على الأَخْذِ بها ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ ، فلا يُجْبَرُ عليها ، كسائِرِ المُعاوَضاتِ . وليس لهم إجْبارُه على العَفْوِ ؛ لأنَّه إسْقاطُ حَقٍّ ، فلا يُجْبَرُ عليه . وسواءٌ كان له حَظٌّ فى الأَخْذِ بها ، أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ فى ذِمَّتِه ، وليس بمَحْجُورٍ عليه فى ذِمَّتِه ، لكنْ لهم مَنْعُه من دَفْعِ مالِه فى ثَمَنِها ؛ لِتَعَلُّقِ حُقُوقِهِم بمالِه ، فأشْبَهَ مالو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه شِقْصًا غيرَ هذا . ومتى مَلَكَ الشِّقْصَ المَأْخُوذَ بالشُّفْعةِ ، تَعَلَّقَتْ حُقُوقُ الغُرَماءِ به ، سواءٌ أَخَذَه بِرِضَاهُم أو بغيرِه ؛ لأنَّه مالٌ له ، فأشْبَهَ ما لو اكْتَسَبَه . وأمَّا المُكَاتَبُ ، فله الأَخْذُ والتَّرْكُ ، وليس لِسَيِّدِه الاعْتِراضُ عليه ؛ لأنَّ التَّصَرُّفَ يَقَعُ له دُونَ سَيِّدِه . فأمَّا المَأْذُونُ له فى التِّجارةِ من العَبِيدِ ، فله الأَخْذُ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ له فى الشِّراءِ ، وإن عَفَا عنها[١٥] لم يَنْفُذْ عَفْوُه ؛ لأنَّ المِلْكَ لِسَيِّدِه[١٦] ، ولم يَأْذَنْ له فى إبْطالِ حُقُوقِه . وإن أسْقَطَها السَّيِّدُ ، سَقَطَتْ ، ولم يكُنْ لِلعَبْدِ أن يَأْخُذَ ؛ لأنَّ للسَّيِّدِ الحَجْرَ عليه ، ولأنَّ الحَقَّ قد أسْقَطَه مُسْتَحِقُّه ، فيَسْقُطُ بإسْقاطِه .

**فصل** : وإذا بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ مالِ المُضَارَبِةِ ، فلِلْعامِلِ الأَخْذُ بها إذا كان الحَظُّ فيها ، فإن تَرَكَها فلِرَبِّ المالِ الأَخْذُ ؛ لأنَّ مالَ المُضارَبِةِ مِلْكُه . ولا يَنْفُذُ عَفْوُ العامِلِ ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه ، فلم يَنْفُذْ عَفْوُه ، كالمَأْذُونِ له . وإن اشْتَرَى المُضارِبُ بمالِ المُضارَبِةِ شِقْصًا فى شَرِكَةِ رَبِّ المالِ ، فهل لِرَبِّ المالِ فيه شُفْعةٌ ؟ على وَجْهَيْنِ ، مَبْنِيَّيْنِ على شِراءِ

---

(١٣) فى ب : « والمحبوس » .
(١٤) فى ب : « أملاكهم » .
(١٥) فى الأصل : « عنه » .
(١٦) فى الأصل : « للسيد » .

رَبُّ المالِ من مالِ المُضارَبةِ ، وقد ذَكَرْناهُما . وإن كان المُضَارِبُ شَفِيعَه ، ولا رِبْحَ فى المالِ ، فله الأخْذُ بها ؛ لأنَّ المِلْكَ لغيرِه . وإن كان فيه رِبْحٌ ، وقُلْنا : لا يَمْلِكُ بالظُّهورِ . فكذلك ، وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالظُّهورِ . ففيه وَجْهانِ كرَبِّ المالِ . ومذهبُ الشّافِعِىِّ فى هذا كلِّه على ما[17] ذَكَرْنا . فإن باعَ المُضَارِبُ شِقْصًا فى شَرِكَتِه ، لم يكُنْ له أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، فأشْبَهَ شِراءَه من نَفْسِه .

فصل : ولا شُفْعةَ بشَرِكَةِ الوَقْفِ . ذَكَرَه القاضِيانِ ؛ ابنُ أبى موسى ، وأبو يَعْلَى ، / وهو ظاهِرُ مذهبِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعةِ ، فلا تَجبُ فيه[18] ، كالمُجاوِرِ وغيرِ المُنْقَسِمِ ، ولأنَّنا إن قُلْنا : هو غيرُ مَمْلوكٍ . فالمَوْقوفُ عليه غيرُ مالِكٍ ، وإن قُلْنا : هو مَمْلوكٌ . فمِلْكُه غيرُ تامٍّ ؛ لأنَّه لا يُفِيدُ إباحةَ التَّصرُّفِ فى الرَّقَبةِ ، فلا يَمْلِكُ به مِلْكًا تامًّا . وقال أبو الخَطّابِ : إن قُلْنا : هو مَمْلوكٌ . وَجَبَتْ به الشُّفْعةُ ؛ [19]لأنَّه مَمْلوكٌ بِيعَ فى شَرِكَتِه شِقْصٌ[19] ، فوَجَبَتْ به الشُّفْعةُ كالطِّلْقِ[20] ، ولأنَّ الضَّرَرَ يَنْدَفِعُ عنه بالشُّفْعةِ كالطِّلْقِ ، فوَجَبَتْ فيه ، كوُجُوبِها فى الطِّلْقِ ، وإنَّما لم يَسْتَحِقَّ بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ الأخْذَ بها بَيْعٌ ، وهو ممَّا لا يَجوزُ بَيْعُه .

٥/٤٣و

**٨٧٧ ــ مسألة ؛ قال : ( وَإِذَا بَنَى الْمُشْتَرِى أعْطاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بِنَائِه ، إلَّا أنْ يَشاءَ المُشْتَرِى أنْ يَأْخُذَ بِنَاءَهُ ، فَلَهُ ذٰلِكَ ، إذَا لَمْ يَكُنْ فِى أخْذِهِ ضَرَرٌ )**

وجملتُه أنَّه يُتَصَوَّرُ بِنَاءُ المُشْتَرِى وغَرْسُه فى الشِّقْصِ المَشْفُوعِ على وَجْهٍ مُباحٍ فى مَسَائِلَ ؛ منها ، أن يُظْهِرَ المُشْتَرِى أنَّه وُهِبَ له ، أو أنَّه اشْتَراه بأكْثَرَ من ثَمَنِه ، أو غير ذلك ممَّا يَمْنَعُ الشَّفِيعَ من الأخْذِ بها ، فيَتْرُكُها ويُقَاسِمُه ، ثم يَبْنِى المُشْتَرِى ويَغْرِسُ

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩ - ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) لعله أراد به غير الوقف .

فيه . ومنها ، أن يكونَ غائبًا فيُقَاسِمَه وَكِيلُه ، أو صَغِيرًا فيُقَاسِمَه وَلِيُّه ، ونحو ذلك ، ثم يَقْدَمُ الغائِبُ ، أو يَبْلُغُ الصَّغِيرُ ، فيَأْخُذُ بالشُّفْعةِ . وكذلك إن كان غائبًا أو صَغِيرًا ، فطَالَبَ المُشْتَرِى الحاكِمَ بالقِسْمَةِ ، فقاسَمَ ، ثم قَدِمَ الغائِبُ ، وبَلَغَ الصَّغِيرُ ، فأَخَذَه بالشُّفْعةِ بعدَ غَرْسِ المُشْتَرِى وبنَائِه ، فإنَّ لِلمُشْتَرِى قَلْعَ غَرْسِه وبِنَائِه ، إن اخْتَارَ ذلك ؛ لأنَّه مِلْكُه ، فإذا قَلَعَهُ فليس عليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ، ولا نَقْصُ الأرْضِ . ذَكَرَه القاضى . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه غَرَسَ وبَنَى فى مِلْكِه ، وما حَدَثَ من النَّقْصِ إنَّما حَدَثَ فى مِلْكِه ، وذلك مما لا يُقَابِلُه ثمنٌ . وظاهِرُ كلامِ[1] الخِرَقِىِّ أنَّ عليه ضَمَانَ النَّقْصِ الحاصِلِ بالقَلْعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ فى قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ عَدَمَ الضَّرَرِ ، وذلك لأنَّه نَقْصٌ دَخَلَ على مِلْكِ غيرِه لأجْلِ تَخْلِيصِ مِلْكِه ، فلَزِمَهُ[2] ضَمَانُه ، كما لو كَسَرَ مِحْبَرَةَ غيرِه لإخْراجِ دِينَارِه منها . وقولُهم : إنَّ النَّقْصَ حَصَلَ فى مِلْكِه . ليس كذلك ؛ فإنَّ النَّقْصَ الحاصِلَ بالقَلْعِ إنَّما هو فى مِلْكِ الشَّفيعِ . فأمَّا نَقْصُ الأَرْضِ الحَاصِلُ بالغَرْسِ والبِنَاءِ فلا يَضْمَنُه ؛ لما ذَكَرُوه . فإن لم يَخْتَرِ المُشْتَرِى القَلْعَ ، فالشَّفِيعُ بالخِيَارِ[3] بين ثلاثةِ أشْيَاء ؛ تَرْكِ الشُّفْعةِ ، وبين دَفْعِ قِيمَةِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ فيَمْلِكُه مع الأرْضِ ، وبين قَلْعِ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، ويَضْمَنُ له ما نَقَصَ بالقَلْعِ . وبهذا قال الشَّعْبِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، / ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والشّافِعِىُّ ، والبَتِّىُّ ، وسَوَّارٌ ، وإسحاقُ . وقال حَمّادُ بن أبى سليمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى : يُكَلَّفُ المُشْتَرِى القَلْعَ ، ولا شىءَ له ؛ لأنَّه بَنَى فيما اسْتَحَقَّ غيرُه أخْذَه ، فأشْبَهَ الغاصِبَ ، ولأنَّه بَنَى فى حَقِّ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فأشْبَهَ ما لو بانَتْ مُسْتَحَقَّةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ »[4] . ولا يَزُولُ الضَّرَرُ عنهما إلَّا بذلك ، ولأنَّه بَنَى فى مِلْكِه الذى تَمَلَّكَ بَيْعَه ، فلم يُكَلَّفْ قَلْعَه مع الإضْرارِ ، كما لو لم يكُنْ مَشْفُوعًا . وفارَقَ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه بَنَى فى مِلْكِ غيرِه ، ولأنَّه

٥/٤٣ظ

---

(١) فى ب : « قول » .

(٢) فى الأصل : « فعليه » .

(٣) فى الأصل : « مخير » .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١٤٠ .

عِرْقٌ ظَالِمٌ ، وليس لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّه غيرُ ظَالِمٍ ، فيكونُ له حَقٌّ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يُمْكِنُ إيجابُ قِيمَتِه مُسْتَحِقًّا للبَقَاءِ فى الأرْضِ ؛ لأنَّه لا يَسْتَحِقُّ ذلك ، ولا قِيمَتِه مَقْلُوعًا ؛ لأنَّه لو وَجَبَتْ قِيمَتُه مَقْلُوعًا لمَلَكَ قَلْعَه ، ولم يَضْمَنْ شيئا ، ولأنَّه قد يكونُ ممَّا لا قِيمَةَ له إذا قَلَعَه[٥] . ولم يَذْكُرْ أصْحابُنا كَيْفِيَّةَ وُجُوبِ القِيمَةِ ، فالظاهِرُ أنَّ الأرْضَ تُقَوَّمُ وفيها الغِرَاسُ[٦] والبِنَاءُ ، ثم تُقَوَّمُ خالِيَةً منهما ، فيكونُ ما بينهما قِيمَةَ الغَرْسِ والبِنَاءِ ، فيَدْفَعُه الشَّفِيعُ إلى المُشْتَرِى إن أحَبَّ ، أو ما نَقَصَ منه إن اخْتارَ القَلْعَ ؛ لأنَّ ذلك هو الذى زادَ بالغَرْسِ والبِنَاءِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقَوَّمَ الغَرْسُ والبِنَاءُ مُسْتَحِقًّا للتَّرْكِ بالأُجْرَةِ ، أو لأخْذِه بالقِيمَةِ إذا امْتَنَعا من قَلْعِه ، فإن كان لِلْغَرْسِ وَقْتٌ يُقْلَعُ فيه فيكونُ له قِيمَةٌ ، وإن قُلِعَ قبلَه لم يكُنْ له قِيمَةٌ ، أوتكونُ قِيمَتُه قَلِيلَةً ، فاخْتارَ الشَّفِيعُ قَلْعَه قبلَ وَقْتِه ، فله ذلك ؛لأنَّه يَضْمَنُ النَّقْصَ فيَجْبُرُ به ضَرَرَ المُشْتَرِى ، سواءٌ كَثُرَ النَّقْصُ أو قَلَّ ، ويَعُودُ ضَرَرُ كَثْرَةِ النَّقْصِ على الشَّفِيعِ ، وقد رَضِىَ باحْتِمالِه . وإن غَرَسَ أو بَنَى مع الشَّفِيعِ أو وَكِيلِه فى المُشَاعِ ، ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، فالحُكْمُ فى أخْذِ نَصِيبِه من ذلك كالحُكْمِ فى أخْذِ جَمِيعِه بعدَ المُقَاسَمَةِ .

**فصل** : وإن زَرَعَ فى الأرْضِ ، فلِلشَّفِيعِ الأخْذُ بالشُّفْعةِ ، ويَبْقَى زَرْعُ المُشْتَرِى إلى أوَانِ الحَصَادِ ؛ لأنَّ ضَرَرَه لا يَتَباقَى ، ولا أُجْرَةَ عليه ؛ لأنَّه زَرَعَه فى مِلْكِه ، ولأنَّ الشَّفِيعَ اشْتَرَى الأرْضَ وفيها زَرْعٌ للبائِعِ ، فكان له مُبَقًّى إلى الحَصادِ بلا أُجْرَةٍ ، كغيرِ المَشْفُوعِ . وإن كان فى الشَّجَرِ ثمرٌ ظاهِرٌ ، أثْمَرَ فى مِلْكِ المُشْتَرِى ، فهو له مُبَقًّى إلى الجِذَاذِ ، كالزَّرْعِ .

**فصل** : وإذا نَمَا المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ نَماءً مُتَّصِلًا ، كالشَّجَرِ إذا كَثُرَ ، أو ثَمَرةٍ غيرِ ظاهِرَة ، فإنَّ الشَّفِيعَ يأْخُذُه بزِيَادَتِه ؛ لأنَّ

---

(٥) فى ب : « قلع » .

(٦) فى الأصل : « الغرس » .

هذه زيادةٌ غيرُ مُتَميِّزةٍ . فتبعَتِ الأصْلَ[7] ، كما لو رُدَّ بعَيْبٍ أو خِيَارٍ أو إقالَةٍ . فإن قيل : فلِمَ لا يَرْجِعُ الزَّوْجُ فى نِصْفِه / زائِدًا [8]إذا طَلَّقَ[8] قبلَ الدُّخولِ ؟ قُلْنا : لأنَّ الزَّوْجَ يَقْدِرُ على الرُّجُوعِ بالقِيمَةِ ، إذا فاتَه الرُّجُوعُ بالعَيْنِ[9] ، وفى مَسْأَلَتِنا إذا لم يَرْجِعْ فى الشِّقْصِ ، سَقَطَ حَقُّه من الشُّفْعةِ ، فلم يَسْقُطْ حَقُّه من الأصْلِ لأجْلِ ما حَدَثَ من البائِعِ ، وإذا أخَذَ الأصْلَ تَبِعَهُ نماؤُه المُتَّصِلُ ، كما ذَكَرْنا فى الفُسُوخِ كلِّها . الحال الثانى ، أن تكونَ الزِّيادَةُ مُنْفَصِلةً ، كالغَلَّةِ ، والأُجْرةِ ، والطَّلْعِ المُؤَبَّرِ ، والثَّمرةِ الظاهِرَةِ ، فهى لِلْمُشْتَرِى ، لا حَقَّ لِلشَّفِيعِ فيها ؛ لأنَّها حَدَثَتْ فى مِلْكِه ، وتكونُ لِلْمُشْتَرِى مُبَقَّاةً فى رُءُوسِ النَّخْلِ إلى الجِذَاذِ ؛ لأنَّ أخْذَ الشَّفِيعِ من المُشْتَرِى شِرَاءٌ ثانٍ ، فيكونُ حُكْمُه حُكْمَ ما لو اشْتَرَى برِضَاهُ ، فإن اشْتَرَاه وفيه طَلْعٌ غيرُ مُؤَبَّرٍ ، فأَبَّرَهُ ، ثم أخَذَه الشَّفِيعُ ، أخَذَ الأصْلَ دون الثَّمَرَةِ ، ويَأْخُذُ الأرْضَ والنَّخِيلَ بحِصَّتِهما من الثَّمَنِ ، كما لو كان المَبِيعُ شِقْصًا وسَيْفًا .

**فصل** : وإن تَلِفَ الشِّقْصُ أو بعضُه فى يَدِ المُشْتَرِى ، فهو من ضَمَانِه ؛ لأنَّه مِلْكُه تَلِفَ فى يَدِه ، ثم إن أرادَ الشَّفِيعُ الأخْذَ بعدَ تَلَفِ بعضِه ، أخَذَ المَوْجُودَ بحِصَّتِه من الثَّمنِ ، سواءٌ كان التَّلَفُ بِفِعْلِ اللهِ تعالى أو بِفِعْلِ آدَمِىٍّ ، وسواءٌ تَلِفَ باخْتِيارِ المُشْتَرِى ، كنَقْضِه لِلبِنَاءِ ، أو بغيرِ اخْتِيارِه ، مثل أن انْهَدَمَ . ثم إن كانت الأنْقاضُ[10] مَوْجُودةً أخَذَها مع العَرْصَةِ بالحِصَّةِ . وإن كانت مَعْدُومةً أخَذَ العَرْصةَ وما بَقِىَ من البِنَاءِ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ ابنِ القاسِمِ . وهذا قول الثَّوْرِىِّ ، والعَنْبرِىِّ ، وأبى يوسفَ ، وقولٌ لِلشَّافِعِىِّ[11] . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ : إن كان التَّلَفُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، كما ذَكَرْنا ، وإن كان بفِعْلِ اللهِ تعالى ، كانْهِدامِ البِنَاءِ بنَفْسِه ، أو حَرِيقٍ ، أو غَرَقٍ ، فليس للشَّفِيعِ أخْذُ الباقى إلَّا بكلِّ الثمَنِ ، أو يَتْرُكُ . وهذا قول أبى حنيفةَ ، وقولٌ للشَّافِعِىِّ[11] ؛ لأنَّه متى كان النَّقْصُ بفِعْلِ آدَمِىٍّ ، رَجَعَ بَدَلُه إلى المُشْتَرِى ، فلا

(7) فى ب : « الأرض » .

(8-8) سقط من : ب .

(9) فى الأصل ، ب : « فى العين » .

(10) فى الأصل : « الأبعاض » .

(11) فى ب ، م : « الشافعى » .

يَتَضَرَّرُ ، ومتى كان بغيرِ ذلك ، لم يَرْجِعْ إليه شيءٌ ، فيكونُ الأَخْذُ منه إضْرَارًا به ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّررِ . ولَنا ، أنَّه تَعذَّرَ على الشَّفِيعِ أَخْذُ الجَمِيعِ ، وقَدَرَ على أَخْذِ البعضِ ، فكان له بالحِصَّةِ من الثَّمنِ ، كما لو تَلِفَ بِفِعْلِ آدَمِيٍّ سِوَاهُ ، أو كما لو كان له شَفِيعٌ آخَرُ ، أو نقولُ : أَخَذَ بعضَ ما دَخَلَ معه فى العَقْدِ ، فأَخَذَه بالحِصَّةِ ، كما لو كان معه سَيْفٌ . وأمَّا الضَّررُ فإنَّما حَصَلَ بالتَّلَفِ ، ولا صُنْعَ للشَّفِيعِ فيه ، والذى يأْخُذُه الشَّفِيعُ يُؤَدِّى ثمَنَه ، فلا يَتَضَرَّرُ المُشْتَرِى بأَخْذِه . وإنَّما قلنا : يَأْخُذُ الأنْقاضَ[12] وإن كانتْ مُنْفَصِلَةً ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَهُ للشُّفْعةِ كان حالَ عَقْدِ البَيْعِ ، وفى تلك الحالِ كان مُتَّصِلًا اتِّصالًا ليس مآلُه إلى الانْفِصالِ ، وانْفِصَالُه بعدَ ذلك لا يُسْقِطُ حَقَّ الشُّفْعةِ . / ٥/٤٤ ظ ويُفَارِقُ الثَّمرَةَ غيرَ المُؤَبَّرةِ إذا تأبَّرتْ ، فإنَّ مآلَها إلى الانْفِصالِ والظُّهورِ ، فإذا ظَهَرَتْ فقد انْفَصَلَتْ ، فلم تَدْخُلْ فى الشُّفْعةِ . وإن نَقَصَتِ القِيمَةُ مع بَقاءِ صُورَةِ المَبِيعِ ، مثل أن انْشَقَّ الحائِطُ ، واسْتَهْدَمَ البِنَاءُ ، وشَعِثَ الشَّجَرُ ، وبارَتِ الأَرْضُ ، فليس له إلَّا الأَخْذُ بجَمِيعِ الثمَنِ أو التَّرْكُ ؛ لأنَّ هذه المعانى لا يُقَابِلُها الثَّمَنُ ، بخِلَافِ الأَعْيانِ ، ولهذا قُلْنا : لو بَنَى المُشْتَرِى ، أَعْطاهُ الشَّفِيعُ قِيمَةَ بِنَائِه ، ولو زادَ المَبِيعُ زِيادةً مُتَّصِلةً ، دَخَلَتْ فى الشُّفْعةِ .

**٨٧٨ – مسألة ؛ قال : ( وإنْ كَانَ الشِّراءُ وَقَعَ بِعَيْنٍ ، أو وَرِقٍ ، أَعْطاهُ الشَّفِيعُ مِثْلَ ذٰلِكَ ، وَإنْ كَانَ عَرْضًا ، أَعْطَاهُ[1] قِيمَتَهُ )**

وجملتُه أنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى[1] بالثَّمَنِ الذى اسْتَقرَّ عليه العَقْدُ ؛ لما رُوِىَ فى حَدِيثِ جابرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « هو أَحَقُّ بالثَّمَنِ »[2] . رَواه أبو إسحاقَ

---

(١٢) فى الأصل : « الأبعاض » .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل ، ب : « به » . وانظر ما تقدم من التخريج فى صفحة ٤٣٥ .

الجُوزَجَانِيُّ في « كِتابِه » . ولأنَّ الشَّفِيعَ إنَّما استَحَقَّ الشِّقْصَ بالبَيْعِ ، فكان مُسْتَحِقًّا له بالثَّمَنِ ، كالمُشْتَرِى . فإن قيل : إن الشَّفِيعَ استَحَقَّ أخْذَه بغيرِ رِضَى مالِكِه ، فيَنْبَغِى أن يَأْخُذَه بقِيمَتِه ، كالمُضْطَرِّ يَأْخُذُ طَعامَ غيرِه . قُلْنا : المُضْطَرُّ استَحَقَّ أخْذَه بِسَبَبِ حاجَةٍ خاصَّةٍ ، فكان المَرْجِعُ في بَدَلِه إلى قِيمَتِه ، والشَّفِيعُ استَحَقَّه لأَجْلِ البَيْعِ ، ولهذا لو انْتَقَلَ بهِبَةٍ أو مِيراثٍ لم يَسْتَحِقَّ الشُّفْعةَ ، وإذا استَحَقَّ ذلك بالبَيْعِ ، وَجَبَ أن يكونَ بالعِوَضِ الثابِتِ بالبَيْعِ . إذا ثبت هذا ، فإنَّا نَنْظُرُ في الثَّمنِ ، فإن كان دَنانِيرَ أو دَراهِمَ ، أعْطاهُ الشَّفِيعُ مثلَه ، وإن كان ممَّا لا مِثْلَ له كالثِّيابِ[3] والحَيَوانِ ، فإنَّ الشَّفِيعَ يَسْتَحِقُّ الشِّقْصَ بِقِيمَةِ الثمَنِ . وهذا قول أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وبه يقول أصْحابُ الرَّأْى ، والشّافِعِيُّ . وحُكِى عن الحَسَنِ ، وسَوَّارٍ ، أنَّ الشُّفْعةَ لا تَجِبُ هٰهُنا ؛ لأنَّها تَجِبُ بمِثْلِ الثمَنِ ، وهذا لا مِثْلَ له ، فتَعَذَّرَ الأخْذُ ، فلم يَجِبْ ، كما لو جُهِلَ الثَّمَنُ . ولَنا ، أنَّه أحدُ نَوْعَيِ الثَّمنِ ، فجازَ أن تَثْبُتَ به الشُّفْعةُ في المَبِيعِ ، كالمِثْلِيِّ ، وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المِثْلَ يكونُ من طَرِيقِ الصُّورةِ ، ومن طَرِيقِ القِيمَةِ . كبَدَلِ المُتْلَفِ ، فأمَّا إن كان الثمنُ من المِثْلِيَّاتِ غيرِ الأثْمانِ ، كالحُبُوبِ والأدْهانِ ، فقال أصْحابُنا : يَأْخُذُه الشَّفِيعُ بمِثْلِه ؛ لأنَّه من ذَواتِ الأمْثالِ ، فهو كالأثْمانِ . وبه يقول أصْحابُ الرَّأْى ، وأصْحابُ الشّافِعِيِّ ؛ ولأنَّ هذا مِثْلٌ من طَرِيقِ الصُّورَةِ والقِيمَةِ ، فكان أوْلَى من المُمَاثِلِ في إحْداهما ، ولأنَّ الواجِبَ بَدَلُ الثَّمنِ ، فكان مِثْلَه ، كبَدَلِ القَرْضِ[4] والمُتْلَفِ .

**فصل** : ويَسْتَحِقُّ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ بالثَّمنِ الذى استَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فلو تَبايَعا بقَدْرٍ ، ثم غَيَّراهُ في زَمَنِ الخِيارِ بزِيادَةٍ أو نَقْصٍ ، ثَبَتَ ذلك التَّغْيِيرُ في حَقِّ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ حَقَّ / الشَّفِيعِ إنَّما يَثْبُتُ إذا تَمَّ العَقْدُ ، وإنَّما يُسْتَحَقُّ بالثَّمنِ الذى هو ثابِتٌ حالَ استِحْقاقِه ، ٥/٤٥و

(٣) في ب : « كالنبات » .

(٤) في ب : « العوض » .

ولأنَّ زَمَنَ[٥] الخِيَارِ بمَنْزِلةِ حالـةِ العَقْـدِ ، والتَّغْييـرُ يَلْحَـقُ بالعَقْـدِ فيـه ؛ لأنَّهمـا على اخْتِيارِهِما فيه ، كما لو كان فى حالِ العَقْدِ . فأمَّا إذا انْقَضَى الخِيَارُ ، وانْبرَمَ العَقْدُ ، فزَادَا أو نَقصَا ، لم يَلْحَقْ بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ بعده[٦] هِبَةٌ يُعْتَبَرُ لها[٧] شُرُوطُ الهِبَةِ ، والنَّقْصُ إبْراءٌ مُبْتَدأٌ ، ولا يَثْبُتُ ذلك فى حَقِّ الشَّفِيعِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَثْبُتُ النَّقْصُ فى حَقِّ الشَّفِيعِ دون الزِّيادةِ ، وإن كانا عنده مُلْحَقانِ[٨] بالعَقْدِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ تَضُرُّ الشَّفِيعَ ، فلم يَمْلِكْها[٩] ، بخِلَافِ النَّقْصِ ، وقال مالكٌ : إن بَقِىَ ما يكونُ ثَمَنًا أخَذَ به ، وإن حَطَّ الأكْثَرَ أخَذَه بجَمِيعِ الثمَنِ الأوَّلِ . ولَنا ، أنَّ ذلك يُعْتَبَرُ بعد اسْتِقْرارِ العَقْدِ ، فلم يَثْبُتْ فى حَقِّ الشَّفِيعِ ، كالزِّيادةِ ، ولأنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ الأخْذَ بالثَّمنِ الأوَّلِ قبلَ التَّغْييرِ ، فلم يُؤثِّرِ التَّغْييرُ بعدَ ذلك فيه ، كالزِّيادةِ . وما ذَكَرُوه من العُذْرِ[١٠] غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ ذلك لو لَحِقَ العَقْدَ لَزِمَ الشَّفِيعَ ، وإن أضَرَّ به ، كالزِّيادةِ فى مُدَّةِ الخِيَارِ ، ولأنَّه حَطٌّ بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، فأشْبَهَ حَطَّ الجَمِيعِ أو الأكْثَرِ عندَ مالِكٍ .

**فصل** : وإن كان الثَّمنُ ممَّا تَجِبُ قِيمَتُه ، فإنَّهـا تُعْتَبَرُ وقتَ البَيْعِ ؛ لأنَّه وَقْتُ الاسْتِحْقاقِ ، ولا اعْتِبارَ بعدَ ذلك بالزِّيادةِ والنَّقْصِ . وإن كان فيه خِيَارٌ ، اعْتُبِرَتِ القِيمَةُ[١١] حين انْقِضاءِ الخِيَارِ واسْتِقْرَارِ العَقْدِ ؛ لأنَّه حين اسْتِحْقاقِ الشُّفْعةِ . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن مالِكٍ أنَّه يأْخُذُه بقِيمَتِه يومَ المُحاكَمةِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ وقتَ الاسْتِحْقاقِ وقتُ العَقْدِ ، وما زادَ بعدَ ذلك حَصَلَ فى مِلْكِ البائعِ ، فلا يقوم لِلمُشْتَرِى ، وما نَقصَ فمِن مالِ البائعِ ، فلا يَنْقُصُ به حَقُّ المُشْتَرِى .

---

(٥) فى ب : « نص » .
(٦) فى ب : « بعد ذلك » .
(٧) فى الأصل ، م : « لهما » .
(٨) فى ب ، م : « يلحقان » .
(٩) فى ب : « يملكاها » .
(١٠) فى الأصل : « العقد » .
(١١) فى ب زيادة : « فيه » .

**فصل** : وإذا كان الثَّمنُ مُؤَجَّلًا ، أخَذَه الشَّفِيعُ بذلك الأَجَلِ ، إن كان مَلِيئًا ، وإلَّا أقامَ ضَمِينًا مَلِيئًا وأخَذَ . وبه قال مالكٌ ، وعبدُ الملكِ ، وإسحاقُ . وقال الثَّوْرِيُّ : لا يَأْخُذُها إلَّا [١٢] بالنَّقْدِ حالًّا [١٢] . وقال أبو حنيفةَ : لا يَأْخُذُها إلَّا بِثَمَنٍ حالٍّ ، أو يَنْتَظِرُ مُضِيَّ الأَجَلِ ثم يَأْخُذُ . وعن الشافِعِيِّ كمَذْهَبِنا [١٣] لأنَّه [١٤] يُمْكِنُه الأَخْذُ [١٥] بالمُؤَجَّلِ ؛ لأنَّه يُفْضِي إلى أن يُلْزَمَ المُشْتَرِى قَبُولَ ذِمَّةِ الشَّفِيعِ ، والذِّمَمُ لا تَتماثَلُ ، وإنَّما يَأْخُذُ بمِثْلِه ، ولا يَلْزَمُه أن يَأْخُذ بمِثْلِه حالًّا ، لِئلَّا يَلْزَمُه أكْثَرُ ممَّا يَلْزَمُ المُشْتَرِى ، [١٦] ولا بمِثْلِ الثمنِ [١٦] إلى [١٧] الأَجَلِ ؛ لأنَّه إنَّما يَأْخُذُه بمِثْلِ الثَّمنِ أو القِيمَة ، والسِّلْعَةُ ليستْ واحدَةً منهما ، فلم يَبْقَ إلَّا التَّخْيِيرُ . ولَنا ، أنَّ الشَّفِيعَ تابعٌ لِلمُشْتَرِى في قَدْرِ الثَّمنِ وصِفَتِه ، والتَّأْجِيلُ من صِفَاتِه ، ولأنَّ في الحُلُولِ / زِيادَةً على التَّأْجِيلِ ، فلم يَلْزَمِ الشَّفِيعَ ، كَزِيادةِ القَدْرِ . وما ذَكَرُوه من اخْتِلَافِ الذِّمَمِ ، فإننا [١٧] لا نُوجِبُها حتى تُوجَدَ المَلاءةُ في الشَّفِيعِ ، أو في ضَمِينِه ، بحيثُ يَنْحَفِظُ المالُ ، فلا يَضُرُّ اخْتِلَافُهما فيما وراءَ ذلك ، كما لو اشْتَرَى الشِّقْصَ بسِلْعةٍ وَجَبَتْ قِيمَتُها ، ولا يَضُرُّ اخْتِلَافُهما . ومتى أخَذَه الشَّفِيعُ بالأَجَلِ ، فمات الشَّفِيعُ أو المُشْتَرِى ، وقُلْنا : يَحِلُّ الدَّيْنُ بالمَوْتِ . حَلَّ الدَّيْنُ على المَيِّتِ منهما دُونَ صاحِبِه ؛ لأنَّ سَبَبَ حُلُولِه الموتُ ، فاخْتَصَّ بمَن وُجِدَ في حَقِّه .

٤٥ ظ

**فصل** : وإذا باعَ شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ومعه ما لا شُفْعَةَ فيه ، كالسَّيْفِ والثَّوْبِ في عَقْدٍ واحِدٍ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ في الشِّقْصِ بحِصَّتِه من الثَّمنِ دونَ ما معه ، فيُقَوَّمُ كلُّ واحِدٍ منهما ، ويُقَسَّمُ الثَّمنُ على قَدْرِ قِيمَتِهما ، فما يَخُصُّ الشِّقْصَ يَأْخُذُه الشَّفِيعُ . وبهذا قال

---

(١٢ - ١٢) في ب : « باليد وحالا » .
(١٣) في م : « كمذهب أبي حنيفة » .
(١٤) في ب زيادة : « لا » .
(١٥) في ب : « أخذه » .
(١٦ - ١٦) في ب : « فلا يلزمه » . وفي م : « ولا بسلعة الثمن » .
(١٧) سقط من : الأصل .

أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَجِبَ الشُّفْعةُ ، لِئَلَّا تَتَبَعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى ، وفى ذلك إضْرارٌ به ، فأَشْبَهَ ما لو أرادَ الشَّفِيعُ أخْذَ بعضِ الشِّقْصِ . وقال مالكٌ : تَثْبُتُ الشُّفْعةُ فيهما ؛ لذلك . ولَنا ، أنَّ السَّيْفَ لا شُفْعةَ فيه ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعةُ ، فلم يُؤْخَذْ بالشُّفْعةِ ، كما لو أفْرَدَه ، وما يَلْحَقُ المُشْتَرِى من الضَّرَرِ فهو ألْحَقَهُ بِنَفْسِه ، بجَمْعِه فى العَقْدِ بين ما تَثْبُتُ فيه الشُّفْعةُ وما لا تَثْبُتُ ، ولأنَّ فى أخْذِ الكلِّ ضَرَرًا بالمُشْتَرِى أيضا ؛ لأنَّه ربَّما كان غَرَضُه فى إبْقاءِ السَّيْفِ له ، ففى أخْذِه منه إضْرارٌ به من غيرِ سَبَبٍ يَقْتَضِيه .

**فصل** : وإذا باع شِقْصَيْنِ من أرْضَيْنِ ، صَفْقةً واحِدةً ، لِرَجُلٍ واحِدٍ ، والشَّرِيكُ فى أحَدِهما غيرُ الشَّرِيكِ فى الآخَرِ ، فلهما أن يَأْخُذَا ويَقْتَسِما الثمنَ على قَدْرِ القِيمَتَيْنِ . وإن أخَذَ أحَدُهما دُونَ الآخَرِ ، جازَ ، ويَأْخُذُ الشِّقْصَ[18] الذى فى شَرِكَتِه بحِصَّتِه من الثَّمنِ . ويَتَخَرَّجُ أنَّه لا شُفْعةَ له ، كالمَسْأَلةِ التى[18] قَبْلَها . وليس له أخْذُهما معًا ؛ لأنَّ أحَدَهُما لا شَرِكَةَ له[18] فيه ، ولا هو تابعٌ لما فيه الشُّفْعةُ ، فجرَى مَجْرَى الشِّقْصِ والسَّيْفِ . وإن كان الشَّرِيكُ فيهما واحدًا ، فله أخْذُهما وتَرْكُهما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما . وإن أحَبَّ أخْذَ أحَدِهما دون الآخَرِ ، فله ذلك . وهذا مَنْصُوصُ الشّافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك ، ومتى اخْتارَهُ سَقَطَتِ الشُّفْعةُ فيهما ؛ لأنَّه أمْكَنَه أخْذُ[19] المَبِيعِ كلِّه ، فلم يَمْلِكْ أخْذَ[19] بعضِه ، كما لو كان شِقْصًا واحدًا . ذَكَرَه أبو الخَطّابِ ، وبعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّه يَسْتَحِقُّ كلَّ واحِدٍ منهما بِسَبَبٍ غيرِ الآخَرِ ، فجَرَى مَجْرَى الشَّرِيكَيْنِ ، ولأنَّه لو جَرَى مَجْرَى الشِّقْصِ الواحِدِ لوَجَبَ — إذا كانا شَرِيكَيْنِ / فتَرَكَ أحَدُهما شُفْعَتَه — أن يكونَ للآخَرِ أخْذُ الكُلِّ ، والأمْرُ بخِلَافِه . ٤٦/٥ و

**فصل** : ولا يَأْخُذُ بالشُّفْعةِ مَن لا يَقْدِرُ على الثَّمنِ ؛ لأنَّ فى أخْذِه بدون دَفْعِ الثمنِ

---

(١٨) سقط من : ب .

(١٩ – ١٩) سقط من الأصل . نقلة نظر .

إضْرارًا بالمُشْتَرِى ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بالضَّرَرِ . فإن أحْضَرَ رَهْنًا أو ضَمِينًا ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ قَبُولُه ؛ لأنَّ فى تأْخِيرِ الثمنِ ضَرَرًا ، فلم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ ذلك ، كما لو أرادَ تأْخِيرَ ثَمنٍ حالٍّ . فإن بَذَلَ عِوَضًا عن الثمنِ لم يَلْزَمْه قَبُولُه ؛ لأنَّها مُعَاوَضَةٌ ؛ ولم يُجْبَرْ عليها[20] . وإذا أخَذَ بالشُّفْعةِ ، لم يَلْزَمِ المُشْتَرِىَ تَسْلِيمُ الشِّقْصِ حتى يَقْبِضَ الثمنَ ، فإن كان مَوْجُودًا سَلَّمَهُ ، وإن تَعَذَّرَ فى الحالِ ، فقال[21] أحمدُ ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ : يُنْظَرُ الشَّفِيعُ يومًا أو يَوْمَيْنِ ، بِقَدْرِ ما يَرَى الحاكِمُ ، وإذا كان أكْثَرَ فلا . وهذا قولُ مالكٍ . وقال ابن شُبْرُمَةَ ، وأصحابُ الشّافِعِىِّ : يُنْظَرُ ثلاثًا ؛ لأنَّها آخِرُ حَدِّ القِلَّةِ ، فإن أحْضَرَ الثَّمنَ ، وإلَّا فَسَخَ عليه . وقال أبو حنيفةَ ، وأصْحابُه : لا يَأْخُذُ بالشُّفْعةِ ، ولا يَقْضِى القاضى بها حتى يُحْضِرَ الثمنَ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ الشِّقْصَ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى ، فلا يَسْتَحِقُّ ذلك إلَّا بإحْضارِ[22] عِوَضِه ، كتَسْلِيمِ المَبِيعِ . ولَنا ، أنَّه تَمَلُّكٌ لِلْمَبِيعِ[23] بِعِوَضٍ ، فلا يَقِفُ على إحْضارِ العِوَضِ ، كالبَيْعِ ، وأمَّا التَّسْلِيمُ فى البَيْعِ ، فالتَّسْلِيمُ فى الشُّفْعةِ مثلُه ، وكونُ[24] الأخْذِ بغيرِ اخْتِيارِ المُشْتَرِى يَدُلُّ على قُوَّتِه ، فلا يَمْنَعُ من اعْتِبارِه فى الصِّحَّةِ ، فإذا أجَّلْناهُ مُدَّةً ، فأحْضَرَ الثمنَ فيها ، وإلَّا فَسَخَ الحاكِمُ الأخْذَ ورَدَّه إلى المُشْتَرِى . وهكذا لو هَرَبَ الشَّفِيعُ بعدَ الأخْذِ . والأوْلَى أنَّ لِلْمُشْتَرِى الفَسْخَ من غيرِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه فاتَ شَرْطُ الأخْذِ ، ولأنَّه تَعَذَّرَ على البائِعِ الوُصُولُ إلى الثَّمنِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كغيرِ مَن أُخِذَتِ الشُّفْعة منه ، وكما لو أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، ولأنَّ الأخْذَ بالشُّفْعةِ لا يَقِفُ على حُكْمِ الحاكِمِ ، فلا يَقِفُ فَسْخُ الأخْذِ بها على الحاكِمِ ، كفَسْخِ غيرِها من البُيُوعِ ، وكالرَّدِّ بالعَيْبِ ، ولأنَّ وَقْفَ ذلك على الحاكِمِ يُفْضِى إلى الضَّرَرِ بالمُشْتَرِى ؛ لأنَّه قد يَتَعَذَّرُ عليه إثْباتُ ما يَدَّعِيه ، وقد يَصْعُبُ عليه حُضُورُ مَجْلِسِ الحاكِمِ لِبُعْدِه ، أو

---

(٢٠) فى ب : « على قبولها » .

(٢١) فى ب ، م : « قال » .

(٢٢) فى الأصل ، م : « لإحضار » .

(٢٣) فى الأصل : « المبيع » .

(٢٤) فى الأصل : « ويكون » .

غيرِ ذلك ، فلا يُشْرَعُ فيها[٢٥] ما يُفْضِى إلى الضَّررِ ، ولأنَّه لو وَقَفَ الأمْرُ على الحاكِمِ ، لم يَمْلِكِ الأخْذَ إلَّا بعدَ إحْضارِ الثمنِ ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى هذا الضَّررِ . وإن أفْلَسَ الشَّفِيعُ ، خُيِّرَ المُشْتَرِى بين الفَسْخِ وبين أن يَضْرِبَ مع الغُرَماءِ بالثَّمنِ ، كالبائعِ إذا أفْلَسَ المُشْتَرِى .

**فصل** : [٢٦]لا يَحِلُّ[٢٦] الاحْتِيالُ لإسْقاطِ الشُّفْعةِ ، وإن فَعَلَ لم تَسْقُطْ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، وقد سَأَلَه[٢٧] عن الحِيلَةِ فى إبْطالِ الشُّفْعةِ ، فقال : لا / يجوزُ شىءٌ من الحِيَلِ فى ذلك ، ولا فى إبْطالِ حَقِّ مُسْلِمٍ . وبهذا قال أبو أيُّوبَ ، وأبو خَيْثَمةَ ، وابنُ أبى شَيْبةَ ، وأبو إسحاقَ الجُوزَجَانِىُّ . وقال عبدُ اللهِ بن عمرَ : من يَخْدَعِ اللهَ يَخْدَعْهُ . وقال أيُّوبُ السَّخْتِيانِىُّ : إنَّهم لَيُخَادِعُونَ اللهَ كما يُخَادِعُونَ صَبِيًّا ، لو كانوا يَأْتُونَ الأمْرَ على وَجْهِه ، كان أسْهَلَ عَلَىَّ . ومعنى الحِيلَةِ أن يُظْهِرُوا فى البَيْعِ شيئًا لا يُؤْخَذُ بالشُّفْعةِ معه ، ويَتَواطَئُونَ فى الباطِنِ على خِلَافِه ، مثل أن يَشْتَرِىَ شِقْصًا يُساوِى عَشَرَةَ دَنَانِيرَ بألْفِ دِرْهَمٍ ، ثم يَقْضِيه عنها عَشَرَةَ دَنَانِيرَ ، أو يَشْتَرِيَه بمائةِ دِينارٍ ، ويَقْضِيه عنها مائةَ دِرْهَمٍ ، أو يَشْتَرِى البائِعُ من المُشْتَرِى عَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ بألْفٍ فى ذِمَّتِه ، ثم يَبِيعُه الشِّقْصَ بالألْفِ ، أو يَشْتَرِى شِقْصًا بألْفٍ ، ثم يُبْرِئُه البائِعُ من تِسْعمائة ، أو يَشْتَرِى جُزْءًا من الشِّقْصِ بمائةٍ ، ثم يَهَبُ له البائعُ باقِيه ، أو يَهَبُ الشِّقْصَ لِلْمُشْتَرِى ، ويَهَبُ المُشْتَرِى له الثمنَ ، أو يُعْقَدُ البَيْعُ بثَمنٍ مَجْهُولِ المِقْدارِ ، كحَفْنةِ قُرَاضَةٍ ، أو جَوْهَرةٍ مُعَيَّنةٍ ، أو سِلْعَةٍ مُعَيَّنةٍ[٢٨] غيرِ مَوْصُوفةٍ ، أو بمائةِ دِرْهَمٍ ولُؤْلُؤةٍ[٢٩] ، وأشْباهِ هذا . فهذا

---

(٢٥) فى الأصل : « فيهما » .

(٢٦ - ٢٦) فى الأصل : « ولا يصح » .

(٢٧) فى ب ، م : « سألته » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) فى الأصل : « ولؤلؤ » .

كلّه إذا وَقَعَ من غيرِ تَحيُّلٍ[٣٠] سَقَطَتِ الشُّفْعةُ . وإن تَحَيَّلَا به[٣١] على إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، لم تَسْقُطْ ، ويَأْخُذُ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ فى الصُّورةِ[٣٢] الأُولَى بعَشَرةِ دَنانِيرَ أو قِيمَتِها من الدَّراهِم . وفى الثانيةِ بمائةِ دِرْهَمٍ أو قِيمَتِها ذَهَبًا[٣٣] . وفى الثالثة بقِيمَةِ العَبْدِ المَبِيعِ . وفى الرابعة بالباقِى بعد الإبْراءِ ، وهو المائة المَقْبُوضَة . وفى الخامسةِ يَأْخُذُ الجُزْءَ المَبِيعَ من الشِّقْصِ بقِسْطِه من الثَّمنِ ، ويَحْتَمِلُ أن يَأْخُذَ الشِّقْصَ كلَّه بجَمِيعِ الثمنِ ؛ لأنَّه إنَّما وَهَبَهُ بَقِيَّةَ[٣١] الشِّقْصِ عِوَضًا عن الثَّمنِ الذى اشْتَرَى به جُزْءًا من الشِّقْصِ . وفى السادِسَةِ يأْخُذُ بالثَّمنِ[٣٤] المَوْهُوبِ . وفى سائرِ الصُّوَرِ المَجْهُولِ[٣٥] ثَمَنُها يَأْخُذه بمثل الثمَنِ ، أو بقِيمَتِه إن لم يكُنْ مِثْلِيًّا[٣٦] ، إذا كان الثَّمَنُ مَوْجُودًا ، وإن لم يُوجَدْ عَيْنُه ، دَفَعَ إليه قِيمَةَ الشِّقْصِ ؛ لأنَّ الأَغْلَبَ وُقُوعُ العَقْدِ على الأشْياءِ بقِيمَتِها . وقال أصْحابُ الرَّأْى ، والشَّافِعِىُّ ، يجوزُ ذلك كلُّه ، وتَسْقُطُ به الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه لم يَأْخُذْ بما وَقَعَ البَيْعُ به ، فلم يَجُزْ ، كما لو لم يكُنْ حِيلَةً . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، ولَا[٣٧] يَأْمَنْ أَنْ يَسْبِقَ ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ ، وإنْ[٣٨] أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَ ، فَهُوَ قِمَارٌ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ وغيرُه[٣٩] ، فجَعَلَ إدْخالَ الفَرَسِ المُحَلِّلِ قِمَارًا ، فى المَوْضِعِ الذى

---

(٣٠) فى الأصل : « تحييل » .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى الأصل : « الشفعة » .

(٣٣) فى ب : « من الذهب » .

(٣٤) فى الأصل : « الثمن » .

(٣٥) فى الأصل : « بالمجهول » .

(٣٦) فى ب ، م : « مثلها » .

(٣٧) فى ب ، م : « ولم » وفى سنن أبى داود : « وهو لا يُؤْمن » .

(٣٨) فى : « ومن » .

(٣٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المحلل ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٢ / ٢٨ ، ٢٩ . وابن ماجه ، فى : باب السبق والرهان ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢ / ٩٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٥٠٥ . وهذا لفظ ابن ماجه .

٥ /٤٧و

يَقْصِدُ به إباحَةَ إخْراجِ كلِّ واحدٍ من المُتَسابِقينِ جَعْلًا / ، مع عَدَمِ مَعْنى المُحَلِّلِ فيه ، وهو كونُه بحالٍ يَحْتَمِلُ أن يأْخذَ سَبْقَيْهِمَا ، وهذا يَدُلُّ على إبْطالِ كل حِيلَةٍ لم يُقْصَدْ بها إلَّا إباحَةُ المُحَرَّمِ . مع عَدَمِ المَعْنَى فيها . واسْتَدَلَّ أصْحابُنا بما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تَرْكَبُوا ما ارْتَكَبَتِ اليَهُودُ ، فَتَسْتَحِلُّوا مَحارِمَ اللهِ بأَدْنَى الْحِيَلِ »[٤٠] . وقال النبىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ ، إنَّ اللهَ لَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهِم شُحُومَها[٤١] جَمَلُوهُ ، ثُمَّ بَاعُوهُ ، وأَكَلُوا ثَمَنَهُ » . مُتَّفَقٌ عليه[٤٢] . ولأنَّ اللهَ تعالى ذَمَّ المُخادِعِينَ له بقولِه تعالى : ﴿ يُخَـٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ ﴾[٤٣] . والحِيَلُ مُخَادَعَةٌ ، وقد مَسَخَ اللهُ تعالى الذين اعْتَدَوْا فى السَّبْتِ قِرَدَةً بِحِيلَتِهِم ، فإنه رُوِىَ أنَّهم كانوا يَنْصِبُونَ شِبَاكَهُم يوم الجُمُعةِ ، ومنهم من يَحْفِرُ جِبَابًا ، ويُرْسِلُ الماءَ إليها يومَ الجُمُعةِ ، فإذا جاءتِ[٤٤] الحِيتانُ يوم السَّبْتِ ، وَقَعَتْ فى الشِّبَاكِ والجِبَابِ ، فيَدَعُونَها إلى لَيْلَةِ الأَحَدِ ، فيَأْخُذُونَها ، ويقولون : ما اصْطَدْنَا يوم السَّبْتِ شَيْئًا ، فمَسَخَهُم اللهُ تعالى بحِيَلِهِم[٤٥] . وقال تعالى : ﴿ فَجَعَلْنَـٰهَا نَكَـٰلًا لِّمَا

---

(٤٠) ذكره الحافظ ابن كثير فى تفسير سورة الأعراف آية ١٦٣ . تفسير ابن كثير ٣ / ٤٩٢ . وانظر إرواء الغليل ٥ / ٣٧٥ .

(٤١) فى الأصل : « الشحوم » .

(٤٢) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٢١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب قوله وعلى الذين هادوا حرمنا .... ، من تفسير سورة الأنعام ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ٣ / ١٠٧ ، ٦ / ٧٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الانتفاع بشحوم الميتة ، وباب النهى عن الانتفاع بما حرم الله عز وجل ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ ، ٢٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب التجارة فى الخمر ، من كتاب الأشربة . سنن ابن ماجه ٢ / ٧٣٢ ، ١١٢٢ . والدارمى ، فى : باب النهى عن الخمر وشرائها ، من كتاب الأشربة . سنن الدارمى ٢ / ١١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٥ ، ٢٤٧ ، ٢٩٣ ، ٣٢٢ ، ٢ / ١١٧ ، ٣٦٢ ، ٣ / ٣٧٠ ، ٤ / ٢٢٧ .

(٤٣) سورة البقرة ٩ .

(٤٤) فى الأصل : « كان » .

(٤٥) فى ب ، م : « بحيلتهم » .

بَيْنَ يَدَيْها وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِلْمُتَّقِينَ ﴾[٤٦] . قيل : يَعْنِى به أُمَّةَ محمدٍ ﷺ . أى لِتَتَّعِظَ بذلك أُمَّةُ محمدٍ ﷺ ، فيَجْتَنِبُوا مثلَ ما فَعَلَ المُعْتَدُونَ . ولأنَّ الحِيلَةَ خَدِيعَةٌ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لا تَحِلُّ الخَدِيعَةُ لِمُسْلِمٍ »[٤٧] . ولأنَّ الشُّفْعَةَ وُضِعَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، فلو سَقَطَتْ بالتَّحَيُّلِ ، لَلَحِقَ الضَّرَرُ ، فلم تَسْقُطْ ، كما لو أسْقَطَهَا المُشْتَرِى[٤٨] بالبَيْعِ والوَقْفِ . وفارَقَ ما لم يُقْصَدْ به التَّحَيُّلُ ، لأنَّه لا خِدَاعَ فيه ، ولا قُصِدَ به إبْطَالُ حَقٍّ ، والأَعْمالُ بالنِّيَّاتِ . فإن اخْتَلَفَا هل وَقَعَ شىءٌ من هذا حِيلَةً ، أو لا ؟ فالقولُ قولُ المُشْتَرِى مع يَمِينِه ؛ لأنَّه أعْلَمُ بِنِيَّتِه وحالِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الغَرَرَ فى الصُّورَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ على المُشْتَرِى ؛ لِشِرَائِه ما يُسَاوِى عَشرَةً بمائةٍ ، وما يُسَاوِى مائةَ دِرْهَمٍ بمائةِ دِينَارٍ ، وأشْهَدَ على نَفْسِه أنَّ عليه أَلْفًا ، فربَّما طَالَبَه بذلك ، فلَزِمَه[٤٩] ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ . وفى الثالثةِ الغَرَرُ[٥٠] على البائعِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى عَبْدًا يُسَاوِى مائةً بأَلْفٍ . وفى الرابعةِ على المُشْتَرِى ؛ لأنَّه اشْتَرَى شِقْصًا قِيمَتُه مائةٌ بأَلْفٍ . وكذلك فى الخامسةِ ؛ لأنَّه اشْتَرَى بعضَ الشِّقْصِ بثَمَنِ جَمِيعِه . وفى السادسةِ على البادِئِ منهما بالهِبَةِ ؛ لأنَّه قد لا يَهَبُ له الآخَرُ شيْئًا ، فإن خَالَفَ أحَدُهما ما[٥١] تَوَاطَآ عليه ، فطَالَبَ صَاحِبَه بما أظْهَرَاه[٥٢] ، لَزِمَه / ، فى ظاهِرِ الحُكْمِ ؛ لأنَّه عَقَدَ البَيْعَ مع صاحِبِه بذلك مُخْتارًا ، فأمَّا فيما بينه وبين اللهِ تعالى ، فلا يَحِلُّ لمن غَرَّ صَاحِبَه الأَخْذُ بخِلَافِ ما تَوَاطَآ عليه ؛ لأنَّ صَاحِبَه إنَّما رَضِىَ بالعَقْدِ لِلتَّوَاطُؤِ ، فمع فَوَاتِه لا يَتَحَقَّقُ الرِّضَى به .

٤٧/٥ ظ

---

(٤٦) سورة البقرة ٦٦ .

(٤٧) انظر ما تقدم فى : ٦ / ٢١٦ .

(٤٨) فى ب زيادة : « عنه » .

(٤٩) فى م : « فلزمته » .

(٥٠) فى الأصل ، ب : « الضرر » .

(٥١) فى م زيادة : « لو » .

(٥٢) فى الأصل : « أظهر له » .

٨٧٩ – مسألة ؛ قال : ( **وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الثَّمَنِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى [(١] مَعَ يَمِينِهِ [١)] ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ** )

وجُمْلَتُه أنَّ الشَّفِيعَ والمُشْتَرِىَ إذا اخْتَلَفَا فى الثَّمنِ ، فقال المُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُه بمائةٍ . فقال الشَّفِيعُ : بل بخَمْسِينَ . فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه العاقِدُ ، فهو أعْرَفُ بالثَّمنِ ، ولأنَّ الشِّقْصَ مِلْكُه ، فلا يُنْزَعُ [(٢] من يَدِه [٢)] بالدَّعْوَى بغيرِ بَيِّنةٍ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . فإن قيل : فهَلَّا قُلْتُم [(٣)] : القولُ قولُ الشَّفِيعِ ؛ لأنَّه غارِمٌ ومُنْكِرٌ لِلزِّيادةِ ، فهو كالغاصِبِ والمُتْلِفِ والضَّامِنِ لِنَصِيبِ شَرِيكِه إذا أُعْتَقَ ؟ قُلْنا : الشَّفِيعُ ليس بغارِمٍ ؛ لأنَّه لا شىءَ عليه ، وإنما يُرِيدُ أن يَمْلِكَ الشِّقْصَ بثَمَنِه ، بخِلَافِ الغاصِبِ والمُتْلِفِ والمُعْتِقِ . فأمَّا إن كان للشَّفِيعِ بَيِّنةٌ ، حُكِمَ بها ، وكذلك إن كان لِلمُشْتَرِى بَيِّنةٌ ، حُكِمَ بها ، واسْتُغْنِىَ عن يَمِينِه ، ويَثْبُتُ ذلك بِشاهِدٍ ويَمِينٍ ، وشَهَادَةِ رَجُلٍ وامْرأَتَيْنِ ، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ البائِعِ ؛ لأنَّه إذا شَهِدَ للشَّفِيعِ كان مُتَّهَما ، لأنَّه يَطْلُبُ تَقْلِيلَ الثَّمنِ خَوْفًا من الدَّرَكِ عليه . وإن أقامَ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً ، احْتَمَلَ تَعارُضَهُما ؛ لأنَّهما يَتَنازَعانِ فيما وَقَعَ عليه العَقْدُ ، فيَصِيرَانِ كمن لا بَيِّنَةَ لهما . وذَكَرَ الشَّرِيفُ أنَّ البَيِّنةَ بَيِّنةُ الشَّفِيعِ . ويَقْتَضِيه مَذْهَبُ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ بَيِّنةَ الخارِجِ عندَه مُقَدَّمَةٌ على بَيِّنةِ الدَّاخِلِ ، والشَّفِيعُ هو الخارِجُ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال صَاحِباه : البَيِّنةُ بَيِّنةُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّها تَتَرَجَّحُ بقولِ المُشْتَرِى ، فإنَّه مُقَدَّمٌ على قولِ الشَّفِيعِ ، ويُخَالِفُ الخارِجَ والدَّاخِلَ ؛ لأنَّ بَيِّنةَ الدَّاخِلِ يجوزُ أن تكونَ مُسْتَنِدَةً إلى يَدِه ، وفى مَسْأَلَتِنا البَيِّنةُ تَشْهَدُ على نَفْسِ العَقْدِ ، كشَهَادةِ بَيِّنةِ الشَّفِيعِ . ولَنا ، أنَّهما بَيِّنَتانِ تَعارَضَتا ، فقُدِّمَتْ بَيِّنةُ مَن لا يُقْبَلُ قولُه عندَ عَدَمِها ، كالدَّاخِلِ والخارِجِ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْرَعَ بينهما ؛ لأنَّهما يَتَنازَعانِ فى العَقْدِ ، ولا يَدَ لهما عليه ، فصَارَا كالمُتَنازِعَيْنِ عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما .

---

(١ – ١) سقط من : الأصل ، م .

(٢ – ٢) فى الأصل ، ب : « منه » .

(٣) فى الأصل زيادة : « إن » .

**فصل** : وإن قال المُشْتَرِى : لا أعْلَمُ مَبْلَغَ الثَّمَنِ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ ما يَدَّعِيه مُمْكِنٌ ، لِجَوازِ أن يكونَ اشْتَراهُ جُزَافًا(٤) ، أو بِثَمَنٍ نَسِيَ مَبْلَغَه ، ويَحْلِفُ ، فإذا حَلَفَ سَقَطَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّها لا تُستَحَقُّ بغير بَذْلٍ ، ولا يُمْكِنُ أن يَدْفعَ إليه ما لا يَدَّعِيه . فإن ادَّعَى / أنَّكَ فَعَلْتَ ذلك تَحَيُّلًا على إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، فعليه اليَمِينُ على نَفْيِ ذلك . ٩/٤٨و

**فصل** : وإن اشْتَرَى شِقْصًا بِعَرْضٍ ، واخْتَلَفَا فى قِيمَتِه ، فإن كان مَوْجُودًا عَرَضَاهُ على المُقَوِّمِينَ ، وإن تَعَذَّرَ إحْضَارُه(٥) ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، كما لو اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الثَّمنِ . وإن ادَّعَى جَهْلَ قِيمَتِه ، فهو على ما ذَكَرْنا فيما إذا ادَّعَى جَهْلَ ثَمَنِه . وإن اخْتَلَفَا فى الغِرَاسِ والبِنَاءِ فى الشِّقْصِ ، فقال المُشْتَرِى(٦) : أنا أحْدَثْتُه(٧) . وأنْكَرَ الشَّفِيعُ ، فالقولُ قولُ المُشْتَرِى ، لأنَّه مِلْكُه ، والشَّفِيعُ يُرِيدُ تَمَلُّكَه عليه ، (٨فكان القَوْلُ٨) قولَ المالِكِ .

**فصل** : إذا ادَّعَى الشَّفِيعُ على بعضِ الشُّرَكاءِ أنَّكَ اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ(٩) ، فلى أخْذُه بالشُّفْعةِ ، فإنَّه يَحْتَاجُ إلى تَحْرِيرِ دَعْوَاه ، فيُحَدِّدُ المَكَان الذى فيه الشِّقْصُ ، ويَذْكُرُ قَدْرَ الشِّقْصِ والثَّمنَ ، ويَدَّعِى الشُّفْعَةَ فيه ، فإذا فَعَلَ ذلك ، سُئِلَ المُدَّعَى عليه ، فإن أقَرَّ ، لَزِمَهُ ، وإن أنْكَرَ ، وقال : إنَّما اتَّهَبْتُه أو وَرِثْتُه ، فلا شُفْعَةَ لك فيه . فالقولُ قولُ مَن يَنْفِيه ، كما لو ادَّعَى عليه نَصِيبَه من غيرِ شُفْعَةٍ ، فإن حَلَفَ بَرِئَ ، وإن نَكَلَ قُضِيَ عليه . وإن قال : لا تَستَحِقُّ علَىَّ شُفْعةً . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويكونُ يَمِينُه على حَسَبِ قولِه فى الإنْكارِ . وإذا نَكَلَ ، وقُضِيَ عليه بالشُّفْعةِ ، عَرَضَ عليه الثَّمنَ . فإن

---

(٤) فى الأصل زيادة : « له » .

(٥) فى الأصل : « اختياره » .

(٦) سقط من : ب .

(٧) فى ب ، م : « حدثته » .

(٨-٨) فى م : « فالقول » .

(٩) فى الأصل : « نصيبه » .

أَخَذَه دَفَعَ إليه ، وإن قال : لا أَسْتَحِقُّه . ففيه ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يُقَرُّ فى يَدِ الشَّفِيعِ إلى أن يَدَّعِيَهُ المُشْتَرِى ، فيُدْفَعَ إليه ، كما لو أقَرَّ له بِدَارٍ فأنْكَرَها . والثانى : أن[10] يَأْخُذَه الحاكِمُ ، فيَحْفَظَه لِصاحِبِه إلى أن يَدَّعِيَهُ المُشْتَرِى ، ومتى ادَّعاهُ دُفِعَ إليه . والثالث ، يُقال له : إمَّا أن تَقْبِضَه ، وإمَّا أن تُبْرِىءَ منه ، كسَيِّدِ المُكَاتَبِ إذا جاءَهُ المُكَاتَبُ بمالِ المُكَاتَبةِ[11] ، فادَّعَى أنَّه حَرَامٌ . اخْتارَ هذا القاضِى . وهذا[12] مُفارِقٌ للمُكَاتَبِ ؛ لأنَّ سَيِّدَه يُطَالِبُه بالوَفاءِ من غيرِ هذا الذى أتَاهُ به ، فلا يَلْزَمُه ذلك بمُجَرَّدِ دَعْوَى سَيِّدِه تَحْرِيمَ ما أتَاه به ، وهذا لا يُطالِبُ[13] الشَّفِيعَ بشىءٍ ، فلا يَنْبَغِى أن يُكَلَّفَ الإِبْراءَ[14] ممَّا لا يَدَّعِيه . والوَجْهُ الأَوَّلُ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

**فصل** : وإن قال : اشْتَرَيْتُه لِفُلانٍ . وكان حاضِرًا ، اسْتَدْعاهُ الحاكِمُ ، وسَأَلَه ، فإن صَدَّقَه ، كان الشِّراءُ له ، والشُّفْعةُ عليه ، وإن قال : هذا مِلْكِى ، ولم أشْتَرِه . انْتَقَلَتِ الخُصُومَةُ إليه ، وإن كَذَّبَهُ ، حَكَمَ بالشِّراءِ لمَن اشْتَراهُ ، وأخَذَ منه بالشُّفْعةِ . وإن كان المُقَرُّ له غائبًا ، أخَذَه الحاكِمُ ، ودَفَعَهُ إلى الشَّفِيعِ ، وكان الغائبُ على حُجَّتِه إذا قَدِمَ ؛ لأنَّنا لو وَقَفْنا الأَمْرَ فى الشُّفْعةِ إلى حُضُورِ المُقَرِّ له ، لكان / فى ذلك إسْقَاطُ الشُّفْعةِ ، لأنَّ كلَّ مُشْتَرٍ يَدَّعِى أنَّه لغائبٍ . وإن قال : اشْتَرَيْتُه لِابْنِى الطِّفْل . أو لهذا الطِّفْلِ . وله عليه وِلَايةٌ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا تَثْبُتُ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لِلطفْلِ ، ولا تَجِبُ الشُّفْعةُ بإقْرارِ الوَلِىِّ عليه ؛ لأنَّه إيجابُ حَقٍّ[15] فى مالِ صَغِيرٍ ، بإقْرارِ وَلِيِّه . الثانى ، تَثْبُتُ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الشِّراءَ له ، فصَحَّ إقْرارُه فيه ، كما يَصِحُّ إقْرارُه بعَيْبٍ فى مَبِيعِه . فأمَّا إن ادَّعَى عليه شُفْعةً فى شِقْصٍ ، فقال : هذا لِفُلانٍ الغائِبِ . أو لِفُلانٍ الطِّفْل . ثم أقَرَّ

٥/٤٨ ظ

---

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، ب : « الكتابة » .

(١٢) فى ب : « وهو » .

(١٣) فى م : « يطلب » .

(١٤) فى م : « إبراء » .

(١٥) سقط من : الأصل .

بِشِرَائِه له[16] ، لم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعةُ ، إلَّا أن تَثْبُتَ بِبيِّنةٍ ، أو يَقْدَمَ الغائِبُ ويَبْلُغَ الطِّفْلُ ، فيُطَالِبُهما بها ؛ لأنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ لهما بإقْرارِه به ، فإقْرارُه بالشِّراءِ بعدَ ذلك إقْرارٌ فى مِلْكِ غيرِه ، فلا يُقْبَلُ ، بخِلَافِ ما إذا أقَرَّ بالشِّراءِ ابْتِداءً ؛ لأنَّ المِلْكَ ثَبَتَ لهما بذلك الإقْرارِ المُثْبِتِ لِلشُّفْعةِ ، فثَبَتَا جَمِيعًا . وإن لم يَذْكُرْ سَبَبَ المِلْكِ ، لم يَسْأَلْهُ الحاكِمُ عنه ، ولم يُطَالَبْ[17] بِبَيانِه ؛ لأنَّه لو صَرَّحَ بالشِّراءِ لم تَثْبُتْ به شُفْعةٌ ، فلا فائِدَةَ فى الكَشْفِ عنه . ومَذْهَبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه[18] كمَذْهَبِنا .

**فصل** : وإذا كانت دارٌ بين حاضِرٍ وغائِبٍ ، فادَّعَى الحَاضِرُ على مَنْ فى يَدِه نَصِيبُ الغائِبِ أنَّه اشْتَراه منه ، وأنَّه يَسْتَحِقُّهُ بالشُّفْعةِ ، فصَدَّقَهُ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ مَنْ فى يَدِه العَيْنُ يُصَدَّقُ فى تَصَرُّفِه فيما فى يَدَيْه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وأصْحابُه . ولأصْحابِ الشَّافِعِىِّ فى ذلك وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، ليس له أخْذُه ؛ لأنَّ هذا إقْرارٌ على غيرِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بما فى يَدِه ، فقُبِلَ إقْرارُه ، كما لو أقَرَّ بأَصْلِ مِلْكِه ، وهكذا لو ادَّعَى عليه أنَّك بِعْتَ نَصِيبَ الغائِبِ بإذْنِه ، وأقَرَّ له الوَكِيلُ ، كان كإقْرارِ البائِعِ بالبَيْعِ . فإذا قَدِمَ الغائِبُ فأنْكَرَ البَيْعَ . أو الإذْنَ فى البَيْعِ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويَنْتَزِعُ الشِّقْصَ ، ويُطَالِبُ بأُجْرِه مَن شاء منهما ، ويَسْتَقِرُّ الضَّمانُ على الشَّفِيعِ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ تحت يَدِه ، فإن طَالَبَ الوَكِيلَ ، رَجَعَ على الشَّفِيعِ ، وإن طَالَبَ الشَّفِيعَ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن ادَّعَى على الوَكِيلِ ، أنَّك اشْتَرَيْتَ الشِّقْصَ الذى فى يَدِكَ . فأنْكَرَ ، وقال : إنَّما أنا وَكِيلٌ فيه ، أو مُسْتَوْدَعٌ له . فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فإن كان لِلمُدَّعِى بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ بها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، مع أن أبا حَنِيفةَ لا يَرَى القَضاءَ على الغائِبِ ؛ لأنَّ القَضاءَ هٰهُنا على الحاضِرِ بوُجُوبِ الشُّفْعةِ عليه ، واسْتِحْقاقِ انْتِزاعِ

---

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى ب : « يطالبه » .

(١٨) سقط من : الأصل .

الشِّقْصِ مِن يَدِه ، وحَصلَ القَضاءُ / على الغائِبِ ضِمْنًا . فإن لم تكُنْ بَيِّنةٌ ، وطَالَبَ[19] ٥/٤٩و
الشَّفِيعُ بِيَمِينِه ، فنَكَلَ عنها ، احْتَمَلَ أن يَقْضِيَ عليه ؛ لأنَّه لو أقرَّ لَقضَى عليه ، فكذلك
إذا نَكَل . واحْتَمَلَ أن لا يَقْضِيَ عليه ؛ لأنَّه قَضاءٌ على الغائِبِ بغير بَيِّنةٍ ، ولا إقْرارِ مَن[20]
الشِّقْصُ فى يَدِه .

**فصل** : وإذا ادَّعَى على رَجُلٍ شُفْعةً فى شِقْصٍ اشْتَراهُ ، فقال : ليس له مِلْكٌ فى شَرِكَتِى . فعلى الشَّفِيعِ إقَامةُ البَيِّنةِ أنَّه شَرِيكٌ . وبه قال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ ، والشَّافِعِىُّ . وقال أبو يوسفَ : إذا كان فى يَدِه ، اسْتَحَقَّ به الشُّفْعةَ لذلك ؛ لأنَّ الظاهِرَ من اليَدِ المِلْكُ . ولَنا ، أنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ بمُجَرَّدِ اليَدِ ، وإذا لم يَثْبُتِ المِلْكُ الذى يَسْتَحِقُّ به الشُّفْعةَ ، لم تَثْبُتْ ، ومُجَرَّدُ الظاهِرِ لا يَكْفِى ، كما لو ادَّعَى وَلَدَ أمَةٍ فى يَدِه . فإن ادَّعَى أن المُشْتَرِىَ[21] يَعْلَمُ أنَّه شَرِيكٌ ، فعلى المُشْتَرِى اليَمِينُ أنَّه لا يَعْلَمُ ذلك ؛ لأنَّها يَمِينٌ على نَفْيِ فِعْلِ الغيرِ ، فكانتْ[22] على العِلْمِ ، كاليَمِينِ على نَفْيِ دَيْنِ المَيِّتِ . فإذا حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْواهُ ، وإن نَكَلَ ، قُضِيَ عليه .

**فصل** : إذا ادَّعَى على شَرِيكِه ، أنك اشْتَرَيْتَ نَصِيبَكَ من عَمْرٍو ، فلِى شُفْعَتُه . فصَدَّقَهُ عَمْرٌو ، فأنْكَرَ الشَّرِيكُ ، وقال : بل وَرِثْتُه من أبِى . فأقامَ المُدَّعِى بَيِّنةً أنَّه كان مِلْكَ عَمْرٍو ، لم تَثْبُت الشُّفْعةُ بذلك . وقال محمدٌ : تَثْبُتُ ، ويقالُ له : إمَّا أن تَدْفَعَهُ وتَأْخُذَ الثمنَ ، وإمَّا أن تَرُدَّهُ إلى[23] البائِعِ ، فيَأْخُذَه الشَّفِيعُ منه[24] ؛ لأنَّهما شَهِدَا بالمِلْكِ لِعَمْرٍو ، فكأنَّهما شَهِدَا بالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّهما لم يَشْهَدَا بالبَيْعِ ، وإقْرارُ عَمْرٍو على

---

(١٩) فى الأصل : « وطلب » .
(٢٠) فى ب : « ممن » .
(٢١) فى الأصل ، م : « المدعى » .
(٢٢) فى م : « فكان » .
(٢٣) فى ب : « على » .
(٢٤) فى م : « منهما » .

المُنْكِرِ بالبَيْعِ لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّه إقرارٌ على غيرِه ، فلا يُقْبَلُ فى حَقِّه ، ولا تُقْبَلُ شَهادَتُه عليه ، وليست الشُّفْعةُ من حُقُوقِ العَقْدِ ، فيُقْبَلُ فيها قولُ البائِعِ ، فصَارَ بمَنْزِلَةِ ما لو حَلَفَ أنِّى ما اشْتَرَيْتُ الدّارَ ، فقال مَنْ كانتِ الدّارُ مِلْكًا له : أنا بِعْتُه إيَّاها . لم يُقْبَلْ عليه فى الحِنْثِ ، ولا يَلْزَمُ إذا أقَرَّ البائعُ بالبَيْعِ ، والشِّقْصُ فى يَدِه فأنْكَرَ المُشْتَرِى الشِّراءَ ؛ لأنَّ الذى فى يَدِه الدّارُ مُقِرٌّ بها للشَّفِيعِ ، ولا مُنَازِعَ له فيها سِوَاهُ ، وهٰهُنا مَن الدَّارُ فى يَدِه يَدَّعِيها لِنَفْسِه ، والمُقِرُّ بالبَيْعِ لا شىءَ فى يَدِه ، ولا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ الشِّقْصِ ، فافْتَرَقَا .

**فصل** : وإذا كانت دارٌ بين رَجُلَيْنِ ، فادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما على صَاحِبِه أنَّه يَسْتَحِقُّ ما فى يَدَيْهِ بالشُّفْعَةِ ، سَأَلْناهُما : متى مَلَكْتُماها ؟ فإن قالا : مَلَكْناها دَفْعَةً واحِدَةً . فلا شُفْعَةَ لأَحَدِهما على الآخَرِ ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ بِمِلْكٍ سابِقٍ فى مِلْكٍ مُتَجَدِّدٍ بعدَه ، / وإن قال كلُّ واحِدٍ منهما : مِلْكِى سابِقٌ . ولأَحَدِهما بَيِّنَةٌ بما ادَّعاهُ ، قُضِىَ له ، وإن كان لكلِّ واحِدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، قَدَّمْنَا أسْبَقَهُما تارِيخًا ، وإن شَهِدَتْ بَيِّنَةُ[٢٥] كلِّ واحِدٍ منهما بِسَبْقِ مِلْكِه ، وتَجَدُّدِ مِلْكِ صَاحِبه ، تَعَارَضَتا . وإن لم تكنْ (٢٦لكُلِّ واحِدٍ٢٦) منهما بَيِّنَةٌ نَظَرْنا إلى السَّابِقِ بالدَّعْوَى ، فقَدَّمْنا دَعْواه ، وسَأَلْنا خَصْمَه ، فإن أنْكَرَ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ ، فإن حَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَى الأَوَّلِ ، ثم تُسْمَعُ دَعْوَى الثانى على الأَوَّلِ ، فإن أنْكَرَ وحَلَفَ ، سَقَطَتْ دَعْوَاهُما جَمِيعًا . وإن ادَّعَى الأَوَّلُ ، فنَكَلَ الثانى عن اليَمِينِ ، قَضَيْنَا عليه ، ولم تُسْمَعْ دَعْواه ؛ لأنَّ خَصْمَه قد اسْتَحَقَّ مِلْكَه . وإن حَلَفَ الثانى ، ونَكَلَ الأَوَّلُ ، قَضَيْنا عليه .

٥/٤٩ ظ

**فصل** : إذا اخْتَلَفَ المُتَبايِعَانِ فى الثَّمنِ ، فادَّعَى البائِعُ أنَّ الثَّمنَ أَلْفانِ ، وقال المُشْتَرِى : هو أَلْفٌ . فأقامَ البائِعُ بَيِّنَةً أن الثَّمنَ أَلْفانِ ، أخَذَهُما من المُشْتَرِى . ولِلشَّفِيعِ أخْذُه بالأَلْفِ[٢٧] ؛ لأنَّ المُشْتَرِى مُقِرٌّ له باسْتِحْقَاقِه بأَلْفٍ ، ويَدَّعِى أنَّ البائِعَ

---

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦ - ٢٦) فى ب ، م : « لواحد » .

(٢٧) فى ب : « بألف » .

ظَلَمَه . وبهذا قال الشافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَكَمَ الحاكِمُ عليه بأَلْفَيْنِ ، أخَذَه الشَّفِيعُ بهما ؛ لأنَّ الحاكِمَ إذا حَكَمَ عليه بالبَيِّنةِ بَطَلَ قولُه ، وثَبَتَ ما حَكَمَ به الحاكِمُ . ولَنا ، أنَّ المُشْتَرِىَ مُقِرٌّ بأنَّ هذه البَيِّنةَ كاذِبَةٌ ، وأنَّه ظَلَمَهُ بألْفٍ ، فلم يُحْكَمْ له به ، وإنَّما حُكِمَ بها للبائِعِ ؛ لأنَّه لا يُكَذِّبُها . فإن قال المُشْتَرِى : صَدَقَتِ البَيِّنةُ ، وكنتُ أنا كاذِبًا أو نَاسِيًا . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يُقْبَلُ رُجوعُه ؛ لأنَّه رُجُوعٌ عن إقْرارٍ تعلَّق[٢٨] به حَقُّ آدَمِىٍّ غيرِه ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ له بدَيْنٍ . والثانى ، يُقْبَلُ قولُه . وقال القاضى : هو قِيَاسُ المَذْهَبِ عندى ، كما لو أخْبَرَ فى المُرَابحةِ بثَمَنٍ ، ثم قال : غَلِطْتُ . والثمنُ أكْثَرُ ، قُبِلَ قَوْلُه مع يَمِينه ، بل هٰهُنا أَوْلَى ؛ لأنَّه قد[٢٩] قامَتِ البَيِّنةُ بكَذِبه[٣٠] ، وحَكَمَ الحاكِمُ بخِلَافِ قَوْلِه ، فقُبِلَ رُجُوعُه عن الكَذِبِ . وإن لم تكُنْ للبائِعِ بَيِّنةٌ ، فتَحَالَفَا ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بما حَلَفَ عليه البائِعُ ، وإن أرَادَ أخْذَه بما حَلَفَ عليه المُشْتَرِى ، لم يكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ للبائِعِ فَسْخَ البَيْعِ ، وأخْذه بما قال المُشْتَرِى يَمْنَعُ ذلك ، ولأنَّه يُفْضِى إلى إلْزامِ العَقْدِ بما حَلَفَ[٣٠] عليه المُشْتَرِى ، ولا يَمْلِكُ ذلك . فإن رَضِىَ المُشْتَرِى بأخْذِه بما قال البائِعُ ، جازَ ، ومَلَكَ الشَّفِيعُ أخْذَه بالثَّمنِ الذى حَلَفَ عليه المُشْتَرِى ؛ لأنَّ حَقَّ البائِعِ من الفَسْخِ قد زالَ . فإن عادَ المُشْتَرِى فصَدَّقَ البائِعَ ، وقال : الثَّمنُ ألْفانِ ، وكنت غَالِطًا[٣١] . فهل لِلشَّفِيعِ / أخْذُه بالثَّمنِ الذى حَلَفَ عليه ؟ فيه وَجْهانِ ، كما لو قامَتْ به بَيِّنةٌ . ٥٠/٥ و

**فصل** : ولو اشْتَرَى شِقْصًا له شَفِيعَانِ ، فادَّعَى على أحدِ الشَّفِيعَيْنِ أنَّه عَفَا عن الشُّفْعةِ ، وشَهِدَ له بذلك الشَّفِيعُ الآخَر ، قَبْلَ عَفْوِه عن شُفْعَتِه[٣٢] ، لم تُقْبَلْ شَهادَتُه ؛

---

(٢٨) فى م : « تعين » .
(٢٩) فى الأصل : « ما » .
(٣٠) سقط من : الأصل .
(٣١) فى الأصل : « عالما » .
(٣٢) فى الأصل : « شفيعه » .

لأنَّه يَجُرُّ إلى نَفْسِه نَفعًا ، وهو تَوَفُّرُ الشُّفْعَةِ عليه . فإذا رُدَّتْ شَهَادَتُه ، ثم عَفَا عن الشُّفْعةِ ، ثم أعادَ تلك الشَّهَادَةِ ، لم تُقبَلْ ؛ لأنَّها رُدَّتْ لِلتُّهْمةِ ، فلم تُقْبَلْ بعدَ زَوَالِها ، كشَهَادَةِ الفاسِقِ إذا رُدَّتْ ثم تابَ وأعادَها ، لم تُقْبَلْ . ولو[٣٣] لم يَشْهَدْ حتى عَفَا ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ؛ لِعَدَمِ التُّهْمةِ ، ويَحْلِفُ المُشْتَرِى مع شَهَادَتِه . ولو لم تكُنْ بَيِّنَةٌ ، فالقولُ قولُ المُنْكِرِ مع يَمِينِه . وإن كانت الدَّعْوَى على الشَّفِيعَيْنِ معًا ، فحَلَفَا ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ ، وإن حَلَفَ أحَدُهُما ، ونَكَلَ الآخَرُ ، نَظَرْنا فى الحالِفِ ؛ فإن صَدَّقَ شَرِيكَه فى الشُّفْعَةِ فى أنَّه لم يَعْفُ ، لم يَحْتَجْ إلى يَمِينٍ ، وكانت الشُّفْعةُ بينهما ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فإنَّ الشُّفْعةَ تَتَوفَّرُ عليه إذا سَقَطَتْ شُفْعةُ شَرِيكِه . وإن ادَّعَى أنَّه عَفَا ، فنَكَلَ ، قُضِىَ له بالشُّفْعةِ كلِّها . وسواءٌ وَرِثَا الشُّفْعةَ أو كانا شَرِيكَيْنِ . وإن شَهِدَ أجْنَبِىٌّ بِعَفْوِ أحدِ الشَّفِيعَيْنِ ، واحْتِيجَ[٣٤] إلى يَمِينٍ معه قبلَ عَفْوِ الآخَرِ ، حَلَفَ ، وأخَذَ الكُلَّ بالشُّفْعةِ . وإن كان بعدَه ، حَلَفَ المُشْتَرِى ، وسَقَطَتِ الشُّفْعةُ . وإن كانوا ثلاثةَ شُفَعاءَ ، فشَهِدَ اثْنانِ منهم على الثالثِ بالعَفْوِ بعدَ عَفْوِهِما ، قُبِلَتْ ، وإن شَهِدَا[٣٥] ، قبلَه ، رُدَّتْ . وإن شَهِدَا بعدَ عَفْوِ أحدِهِما وقَبْلَ عَفْوِ الآخَرِ ، رُدَّتْ شَهَادةُ غيرِ العافِى ، وقُبِلَتْ شَهادةُ العافِى . وإن شَهِدَ البائعُ بِعَفْوِ الشَّفِيعِ بعدَ قَبْضِ الثَّمنِ ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ، وإن كان قَبْلَه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تُقْبَلُ ؛ لأنَّهما سواءٌ عنده . والثانى ، لا تُقْبَلُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن[٣٦] يكونَ قَصَدَ ذلك [٣٧]ليُسَهِّلَ اسْتِيفَاءَ الثَّمنِ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ يَأْخُذُه من الشَّفِيعِ ، فيَسْهُلُ عليه وَفَاؤُه ، أو يَتَعَذَّرُ على المُشْتَرِى الوَفَاءُ لِفَلَسِه[٣٧] ، فيَسْتَحِقُّ اسْتِرْجاعَ المَبِيعِ . وإن شَهِدَ لمُكَاتَبِه بِعَفْوِ شَفِيعِه[٣٨] ، أو شَهِدَ بِشِرَاءِ شىءٍ لمُكَاتَبِه فيه شُفْعةٌ ، لم تُقْبَلْ ؛ لأنَّ

---

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى ب ، م : « واحتج » .

(٣٥) فى الأصل زيادة : « أنه » .

(٣٦) فى ب : « أنه » .

(٣٧ – ٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) فى ب ، م : « شفعة » .

المُكَاتَبَ عَبْدُه ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له ، كمُدَبَّرِه ، ولأَنَّ ما يَحْصُلُ للمُكَاتَبِ يَنْتَفِعُ به السَّيِّدُ ؛ لأنَّه إن عَجَزَ صارَ له ، وإن لم يَعْجِزْ سَهُلَ عليه الوَفَاءُ له . وإن شَهِدَ على مُكَاتَبِه بشيءٍ من ذلك ، قُبِلَتْ شَهَادَتُه ؛ لأنَّه غيرُ مُتَّهَمٍ ، فأَشْبَهَ الشَّهادَةَ على وَلَدِه .

**٨٨٠ – مسألة ؛ قال : ( وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهَا ، وِلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، وِلِلْآخَرِ سُدُسُهَا ، فَبَاعَ أَحَدُهُم / ، كَانَتِ الشُّفْعةُ بَيْنَ النَّفْسَيْنِ على قَدْرِ سِهَامِهِمَا )** ٥٠/٥ ظ

الصَّحِيحُ فى المَذْهَبِ أَنَّ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ إذا أَخَذَه الشُّفَعاءُ ، قُسِمَ بينهم على قَدْرِ أَمْلَاكِهِم . اخْتَارَهُ أبو بكرٍ . ورُوِىَ ذلك عن الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، وعَطَاءٍ . وبه قال مالِكٌ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشّافِعِىِّ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثانيةٌ ، أنَّه يُقْسَمُ بَيْنَهُم على عَدَدِ رُءُوسِهِم . اخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ . وبه قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم لو انْفَرَدَ لَاسْتَحَقَّ الجَمِيعَ ، فإذا اجْتَمَعُوا تَساوَوْا ، كالبَنِينَ فى المِيراثِ ، وكالمُعْتَقِينَ فى سِرَايةِ العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ (١ بِسَبَبِ المِلْكِ ١) ، فكان على قَدْرِ الأَمْلَاكِ ، كالغَلَّةِ ، ودَلِيلُهُم يَنْتَقِضُ بالابنِ والأَبِ أو الجَدِّ ، وبالجَدِّ مع الإِخْوَةِ ، وبالفُرْسانِ (٢ مع الرَّجَّالَةِ ٢) فى الغَنِيمَةِ ، وأَصْحابِ الدُّيُونِ والوَصَايَا ، إذا نَقَصَ مالُه عن دَيْنِ أَحَدِهِم (٣) ، أو الثُّلُث عن وَصِيَّةِ أَحَدِهِم . وفَارَقَ الأَعْيانَ ؛ لأنَّه إتْلافٌ ، والإِتْلافُ يَسْتَوِى فيه القَلِيلُ والكَثِيرُ ، كالنَّجاسَةِ تُلْقَى فى مائِعٍ . وأمَّا البَنُونَ ، فإنَّهم تَساوَوْا فى التَّسَبُّبِ (٤) ، وهو البُنُوَّةُ ، فتَساوَوْا فى الإِرْثِ بها ،

---

(١ – ١) فى ب : « بالملك » .
(٢ – ٢) فى الأصل ، ب : « والرجالة » .
(٣) فى ب ، م : « أحدهما » .
(٤) فى الأصل : « السبب » .

فنَظِيرُه فى مَسْأَلَتِنا تَساوِى الشُّفَعاءِ فى سِهامِهِم ، فعلى هذا نَنْظُرُ مخرَجَ سِهامِ الشُّركاءِ كلِّهم ، فنأخُذُ مِنْها سِهامَ الشُّفَعاءِ ، فإذا عَلِمْتَ عِدَّتَها ، قَسَّمْتَ السَّهْمَ المَشْفُوعَ عليها ، ويَصِيرُ العَقارُ بين الشُّفَعاءِ على تلك العِدَّةِ ، كما يُفعَلُ فى مَسائِلِ الرَّدِّ سواءً ، ففى هذه المَسْأَلَةِ التى ذكَرَ الخِرَقِىُّ ، مَخْرَجُ سِهامِ الشُّرَكاءِ[٥] سِتَّةٌ ، فإن باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، فسِهامُ الشُّفَعاءِ ثلاثةٌ ، لِصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمانِ ، وللآخَرِ سَهْمٌ فالشُّفْعةُ بينهم على ثلاثةٍ ، ويَصِيرُ العَقارُ بينهم أثْلاثًا ، لِصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثاه ، وللآخَرِ ثُلُثُه ، وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، كانت بين الآخَرَيْنِ أرْباعًا ، لِصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةُ أرْباعِه ، وللآخَرِ رُبْعُه ، وإن باعَ صاحِبُ السُّدُسِ ، كانت بين الآخَرَيْنِ أخْماسًا ، لِصاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةُ أخْماسِه ، وللآخَرِ خُمْسَاه . وعلى الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يُقَسَّمُ الشِّقْصُ المَشْفُوعُ بين الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ على كلِّ حالٍ ، فإن باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ، قُسِّمَ النِّصْفُ بين شَرِيكَيْه ، لكلِّ واحِدٍ الرُّبْعُ ، فيَصِيرُ لصاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثٌ ورُبْعٌ ، وللآخَرِ رُبْعٌ وسُدُسٌ ، وإن باعَ صاحِبُ الثُّلُثِ ، صارَ لصاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثانِ ، وللآخَرِ الثُّلُثُ ، وإن باعَ صاحبُ السُّدُسِ ، فلِصاحِبِ [٦]النِّصْفِ ثُلُثٌ[٦] ورُبْعٌ ، ولِصاحِبِ الثُّلث رُبْعٌ وسُدُسٌ . واللهُ أعلمُ .

٥١/٥و **فصل** : / ولو وَرِثَ أخَوانِ دارًا، أو اشْتَرَياها بينهما نِصْفَيْنِ، أو غيرَ ذلك، فماتَ أحَدُهُما عن ابْنَيْنِ[٧] ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه ، فالشُّفْعَةُ بين أخِيه وعَمِّه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ ، والشّافِعِىُّ فى الجَدِيدِ . وقال فى القَدِيمِ : إنَّ أخاه أحَقُّ بالشُّفْعةِ . وبه قال مالِكٌ ؛ لأنَّ أخاهُ أخَصُّ[٥] بشَرِكَتِه من العَمِّ، لِاشْتِراكِهما فى سَبَبِ المِلْكِ . ولَنا ، أنَّهما شَرِيكانِ حالَ ثُبُوتِ الشُّفْعةِ ، فكانت بينهما ، كما لو مَلَكُوا كلُّهم بِسَبَبٍ واحِدٍ ، ولأنَّ الشُّفْعةَ تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدّاخِلِ على شُرَكائِه بِسَبَبِ شَرِكَتِه ، وهذا يُوجَدُ

---

(٥) سقط من : ب .

(٦ - ٦) فى م : « الثلث نصف » .

(٧) فى الأصل : « اثنين » .

فى حَقِّ الكُلِّ . وما ذَكَرُوه لا أصْلَ له ، ولم يَثْبُت اعْتِبارُ الشَّرْعِ له فى مَوْضِعٍ ، والاعْتِبارُ بالشَّرِكَةِ لا بِسَبَبِها . وهل تُقْسَمُ بين العَمِّ وابنِ أخِيه نِصْفَيْنِ ، أو على قَدْرِ مِلْكَيْهِما ؟ على رِوَايَتَيْنِ[8] . وهكذا لو اشْتَرَى رَجُلٌ نِصْفَ دارٍ ، ثم اشْتَرَى ابْناهُ نِصْفَها الآخَرَ ، أو وَرِثَاهُ ، أو اتَّهَباهُ ، أو وَصَلَ إليهما بِسَبَبٍ من أسْبابِ المِلْكِ ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه . أو لو وَرِثَ ثَلَاثَةٌ دارًا ، فباعَ أحَدُهُم نَصِيبَه من اثْنَيْنِ ، ثم باعَ أحدُ المُشْتَرِيَيْنِ نَصِيبَه ، فالشُّفْعةُ بين جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . وكذلك لو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَفَ ابْنَتَيْنِ وأُخْتَيْنِ ، فباعَتْ إحْدَى الأُخْتَيْنِ نَصِيبَها ، أو إحدى الابْنَتَيْنِ ، فالشُّفْعةُ بين جَمِيعِ الشُّرَكاءِ . ولو ماتَ رَجُلٌ ، وخَلَفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ وأرْضًا ، فماتَ أحَدُهُم عن ابْنَيْنِ ، فباعَ أحَدُ العَمَّيْنِ نَصِيبَه ، فالشُّفْعةُ بين أخِيه وابْنَىْ أخِيه . ولو خَلَفَ ابْنَيْنِ ، وأوْصَى بثُلُثِه لِاثْنَيْنِ ، فباعَ أحدُ الوَصِيَّيْنِ ، أو أحدُ الابْنَيْنِ ، فالشُّفْعةُ بين شُرَكائِه كلِّهم . ولِمُخَالِفِينا فى هذه المَسَائِلِ اخْتِلَافٌ[9] يَطُولُ ذِكْرُه .

**فصل** : وإن كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فلِلشَّفِيعِ الآخَرِ أن يَأْخُذَ بِقَدْرِ نَصِيبِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ ، والشَّعْبِىِّ ، والْبَتِّىِّ : لا شُفْعةَ للآخَرِ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، وهذا شَرِكَتُه مُتَقَدِّمةٌ ، فلا ضَرَرَ فى شِرَائِه . وحكَى ابنُ الصَّبَّاغِ عن هَؤُلاءِ ، أنَّ الشُّفْعةَ كلَّها لغيرِ المُشْتَرِى . ولا شىءَ لِلْمُشْتَرِى فيها ؛ لأنَّها تُسْتَحَقُّ عليه ، فلا يَسْتَحِقُّها على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فى الشَّرِكَةِ ، فتَساوَيا فى الشُّفْعَةِ ، كما لو اشْتَرَى أجْنَبِىٌّ ، بل المُشْتَرِى أَوْلَى ؛ لأنَّه قد مَلَكَ الشِّقْصَ المَشْفُوعَ . وما ذَكَرْناه للقولِ الأوَّلِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الضَّرَرَ يَحْصُلُ بشِرَاءِ هذا السَّهْمِ المَشْفُوعِ ، من غيرِ نَظَرٍ إلى المُشْتَرِى ، وقد حَصَلَ شِرَاؤُه . والثانى لا يَصِحُّ أيضًا ؛ لأنَّنا لا[10] نقولُ إنَّه يَأْخُذُ من نَفْسِه بالشُّفْعةِ ، وإنَّما يمْنَعُ الشَّرِيكَ أن يَأْخُذَ قَدْرَ

(8) فى الأصل : « الروايتين » .

(9) فى ب : « خلاف » .

(10) سقط من : م .

٥/٥١ظ حَقِّه / بالشُّفْعَةِ ، فيَبْقَى على مِلْكِه ، ثم لا يمْنَعُ أن يَسْتَحِقَّ الإنْسانُ على نَفْسِه ، لأجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ[11] الغيرِ به ، ألا تَرَى أنَّ العَبْدَ المَرْهُونَ ، إذا جَنَى على عَبدٍ آخَرَ لِسَيِّده ، ثَبَتَ للسَّيِّدِ على عَبْدِه أَرْشُ الجِنايةِ ؛ لأجْلِ تَعَلُّقِ حَقِّ المُرْتَهِنِ به ، ولو لم يكُنْ رَهْنًا ما تَعَلَّقَ به . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن للشَّرِيكِ[12] المُشْتَرِى أخْذَ قَدْرِ نَصِيبِه لا غيرُ أو العَفْوَ . وإن قال له المُشْتَرِى : قد أسْقَطتُ شُفْعَتِى ، فَخُذِ الكُلَّ ، أو اتْرُكْ . لم يَلْزَمْهُ ذلك ، ولم يَصِحَّ إسْقَاطُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّ مِلْكَه اسْتَقَرَّ على قَدْرِ حَقِّه ، فجَرَى مَجْرَى الشَّفِيعَيْنِ إذا أخَذَا بالشُّفْعةِ ثم عَفَا أحدُهُما عن حَقِّه . وكذلك إذا حَضَرَ أحدُ الشَّفِيعَيْنِ ، فأخَذَ جميعَ الشِّقْصِ بالشُّفْعةِ ، ثم حَضَرَ الآخرُ ، فله أخْذُ النِّصْفِ من ذلك ، فإن قال الأوَّلُ : خُذِ الكلَّ أو دَعْ[13] ، فإنِّى قد أسْقَطْتُ شُفْعَتِى . لم يكُنْ له ذلك . فإن قيل : هذا تَبْعِيضٌ للصَّفْقةِ على المُشْتَرِى . قُلْنا : هذا التَّبْعِيضُ اقْتضاهُ دُخُولُه فى العَقْدِ ، فصار [14]كالرِّضَى منه به[14] ، كما قُلْنا فى الشَّفِيعِ[15] الحاضِرِ إذا أخذَ جَمِيعَ الشِّقْصِ ، وكما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا .

**٨٨١ – مسألة ؛ قال : ( فَإنْ تَرَكَ أحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ ، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أنْ يَأْخُذَ إلَّا الْكُلَّ أوْ يَتْرُكَ )**

وجُمْلَتُه أنَّه إذا كان الشِّقْصُ بين شُفَعاءَ ، فتَرَكَ بعضُهم ، فليس لِلْباقِينَ إلَّا أخذُ الجَمِيعِ أو تَرْكُ الجميعِ ، وليس لهم أخذُ البعضِ . قالَ ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ على هذا . وهذا قول مالكٍ ، والشَّافِعِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ولأنَّ فى أخْذِ البعضِ إضْرَارًا بالمُشْتَرِى ، بِتَبْعِيضِ الصَّفْقةِ عليه ، والضَّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرَرِ ، لأنَّ

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى ب ، م : « الشريك » .

(١٣) فى ب زيادة : « الكل » .

(١٤ – ١٤) فى ب : « كما لو قضى به » .

(١٥) سقط من : الأصل .

الشُّفْعةَ إنَّما تَثْبُتُ على خِلَافِ الأصْلِ دَفْعًا لِضَرَرِ الشَّرِيكِ الدَّاخِلِ ، خَوْفًا من سُوءِ المُشَارَكةِ ومُؤْنَةِ القِسْمةِ ، فإذا أخَذَ بعضَ الشِّقْصِ ، لم يَنْدَفِعْ عنه الضَّرَرُ ، فلم يَتَحقَّق المَعْنَى المُجَوِّزُ لِمُخَالَفَةِ الأصْلِ ، فلا تَثْبُتُ . ولو كان الشَّفِيعُ واحدًا ، لم يَجُزْ له أخذ بعضِ المَبِيعِ ؛ لذلك ، فإن فَعَلَ ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه ؛ لأنَّها لا تَتَبَعَّضُ ، فإذا سَقَطَ بعضُها ، سَقَطَ جَمِيعُها ، كالقِصَاصِ . وإن وَهَبَ بعضُ الشُّرَكاءِ نَصِيبَه من الشُّفْعةِ بعضَ شُرَكائِه أو غيرَه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك عَفْوٌ ، وليس بِهِبَةٍ ، فلم يَصِحَّ لغير مَنْ هو عليه ، كالعَفْوِ عن القِصَاصِ .

**فصل** : فإن كان الشُّفَعاءُ غائِبِينَ ، لم تَسْقُط الشُّفْعةُ ؛ لِمَوْضِعِ العُذْرِ . فإذا قَدِمَ أحَدُهم ، فليس له أن يَأْخُذَ إلَّا الكلَّ ، أو يَتْرُكَ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ اليومَ مُطَالِبًا سِواهُ ، ولأنَّ فى أخْذِه البعضَ[(1)] تَبْعِيضًا لِصَفْقةِ المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما لو [(2)]لم يكُنْ[(2)] معه غيرُه ، ولا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ / حَقِّه إلى أن يَقْدَمَ شُرَكاؤُه ؛ لأنَّ فى التَّأْخِيرِ إضْرَارًا بالمُشْتَرِى . فإذا أخَذَ الجَمِيعَ ، ثم حَضَرَ آخَرُ ، قاسَمَه إن شاءَ أو عَفَا ، فيَبْقَى للأوَّلِ ؛ لأنَّ المُطَالَبَةَ إنَّما وُجِدَتْ منهما . فإن قاسَمَه ، ثم حَضَرَ الثالثُ ، قاسَمَهُما إن أحَبَّ أو عَفَا فيَبْقَى للأوَّلَيْنِ ، فإن نَمَا الشِّقْصُ فى يَدِ الأوَّلِ نَماءً مُنْفصِلًا ، لم يُشارِكْه فيه واحدٌ منهما ؛ لأنَّه انْفَصَلَ فى [(3)]مِلْكِه ، فأشْبَهَ ما لو انْفَصَلَ فى[(3)] يَدِ المُشْتَرِى قبلَ الأخْذِ بالشُّفْعةِ . وكذلك إذا أخَذَ الثانى ، فنَما فى يَدِه نَماءً مُنْفصِلًا ، لم يُشارِكْه الثالثُ فيه . وإن خَرَجَ الشِّقْصُ مُسْتَحَقًّا ، فالعُهْدَةُ على المُشْتَرِى ، يَرْجِعُ الثلاثةُ عليه ، ولا يَرْجِعُ أحَدُهُم على الآخَرِ ؛ فإنَّ الأخْذَ وإن كان من الأولِ ، فهو بمَنْزِلَةِ النائبِ عن المُشْتَرِى فى الدَّفْعِ إليهما ، والنائِبِ عنهما فى دَفْعِ الثَّمَنِ إليه ، لأنَّ الشُّفْعةَ مُسْتَحَقَّةٌ عليه لهم . وهذا ظاهِرُ مذهبِ

٥٢/٥ و

(١) فى الأصل : « للبعض » .

(٢-٢) فى ب : « كان » .

(٣-٣) سقط من : م .

الشّافِعِيّ . وإن امْتَنَعَ الأوّلُ من المُطَالَبَةِ حتى يَحْضُرَ صاحِباه ، أو قال : آخُذُ قَدْرَ حَقِّى . ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ حَقُّه ؛ لأنّه قَدَرَ على أخْذِ الكُلِّ وتَرَكَه ، فأشْبَه المُنْفَرِدَ . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنّه تَرَكَه لِعُذْرٍ ، وهو خَوْفُ قُدُومِ الغائِبِ ، فيَنْتَزِعُه منه ، والتَّرْكُ لِعُذْرٍ لا يُسْقِطُ الشُّفْعةَ ، بدَلِيلِ ما لو أظْهَرَ المُشْتَرِى ثَمَنًا كَثِيرًا ، فتَرَكَ لذلك ، ثم بان خِلافُه[٤] . فإن تَرَكَ الأوّلُ شُفْعَتَه (٥تَوَفَّرَتِ الشُّفْعَةُ٥) على صاحِبَيْه ، فإذا قَدِمَ الأوّلُ منهما ، فله أخْذُ الجميعِ ، على ما ذَكَرْنا فى الأوّلِ . فإن أخَذَ الأوّلُ بها ، ثم رَدَّ ما أخَذَه بعَيْبٍ ، فكذلك . وبهذا قال الشّافِعِىُّ . وحُكِىَ عن محمدِ بن الحَسَنِ أنّها لا تَتَوَفَّرُ عليهما ، وليس لهما أخْذُ نَصِيبِ الأوّلِ ؛ لأنّه لم يَعْفُ ، وإنّما رَدَّ نَصِيبَه لأجْلِ العَيْبِ ، فأشْبَه ما لو رَجَعَ إلى المُشْتَرِى ببَيْعٍ أو هِبَةٍ . ولَنا ، أنّ الشَّفِيعَ فَسَخَ مِلْكَه ، ورَجَعَ إلى المُشْتَرِى بالسَّبَبِ الأوّلِ ، فكان لِشَرِيكِه أخْذُه ، كما لو عَفَا . ويُفارِقُ عَوْدَه بِسَبَبٍ آخَرَ ؛ لأنّه عادَ غيرَ المِلْكِ الأوّلِ الذى تَعَلَّقَتْ به الشُّفْعةُ .

**فصل** : وإذا حَضَرَ الثانى بعدَ أخْذِ الأوّلِ ، فأخَذَ نِصْفَ الشِّقْصِ منه ، واقْتَسَما ، ثم قَدِمَ الثالثُ ، فطَالَبَ بالشُّفْعةِ ، وأخَذَ بها ، بَطَلَتِ القِسْمَةُ ؛ لأنّ هذا الثالثَ إذا أخَذَ بالشُّفْعةِ ، كان كأنّه مُشارِكٌ فى حالِ القِسْمَةِ ، لِثُبُوتِ حَقِّه ، ولهذا لو باعَ المُشْتَرِى ، ثم قَدِمَ الشَّفِيعُ ، كان له إبْطالُ البَيْعِ . فإن قِيلَ : فكيف تَصِحُّ القِسْمَةُ ، وشَرِيكُهُما الثالثُ غائِبٌ ؟ قُلْنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ وَكَّلَ فى القِسْمَةِ قبلَ البَيْعِ ، أو قبلَ علمه به[٦] ، أو يكونَ الشَّرِيكانِ رَفَعَا ذلك إلى الحاكِمِ ، وطَالَباه بالقِسْمَةِ عن الغائِبِ ، / فقَاسَمَهُما ، وبَقِىَ الغائبُ على شُفْعَتِه . فإن قِيلَ : فكيف تَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُما للشِّقْصِ ، وحَقُّ الثالثِ ثابتٌ فيه ؟ قلنا : ثُبُوتُ حَقِّ[٧] الشُّفْعةِ لا يَمْنَعُ التَّصَرُّفَ ، بِدَلِيلِ أنّه يَصِحُّ بَيْعُه وهِبَتُه

٥/٥٢ ظ

---

(٤) فى م : « بخلافه » .

(٥ – ٥) سقط من : م .

(٦) سقط من : م .

(٧) سقط من : ب .

وغيرُهما ، ويَمْلِكُ الشَّفِيعُ إبْطَالَه ، كذا هٰهُنا . إذا ثبَتَ هذا، فإنَّ الثالثَ إذا قَدِمَ فوَجَدَ أحدَ شَرِيكَيْه غائبًا ، أخَذَ من الحاضِرِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ؛ لأنَّه قَدْرُ ما يَسْتَحِقُّه ، ثم إن قَضَى له القاضى على الغائبِ ، أخَذَ ثُلُثَ ما فى يَدِه أيضا ، وإن لم يَقْضِ له ، انْتَظَرَ الغائبَ حتى يَقْدَمَ ؛ لأنَّه مَوْضِعُ عُذْرٍ .

**فصل** : إذا أخَذَ الأوَّلُ الشِّقْصَ كلَّه بالشُّفْعةِ ، فقَدِمَ الثانى ، فقال : لا آخُذُ منك نِصْفَه ، بل أقْتَصِرُ على قَدْرِ نَصِيبِى وهو الثُّلُثُ . فله ذلك ؛ لأنَّه اقْتَصَرَ على بعضِ حَقِّه ، وليس فيه تَبْعِيضُ الصَّفْقةِ[8] على المُشْتَرِى ، فجازَ ، كتَرْكِ الكلِّ . فإذا قَدِمَ الثالثُ ، فلَه أن يأْخُذَ من الثانى ثُلُثَ ما فى يَدِه ، فيُضِيفَه إلى ما فى يَدِ الأوَّلِ ، ويَقْتَسِمانِه نِصْفَيْنِ ، فتَصِحُّ قِسْمَةُ الشِّقْصِ من ثَمانِيةَ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لأنَّ الثالثَ أخَذَ حَقَّه[9] من الثانى ثُلُثَ الثُّلُثِ ، ومَخْرَجُه تِسْعَةٌ ، فضَمَّه[10] إلى الثُّلُثَيْنِ وهى سِتَّةٌ ، صارَتْ تِسْعةً[11] ثم قَسما التِّسْعةَ[12] نِصْفَيْنِ ، لا تَنْقَسِمُ ، فاضْرِب اثْنَيْنِ فى تِسْعةٍ ، تكُنْ ثَمانِيةَ عَشَرَ ، للثانى أرْبعةُ أسْهُمٍ ، ولكلِّ واحِدٍ من شَرِيكَيْه سَبْعةٌ . وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ الثانىَ تَرَكَ سُدُسًا كان له أخذُه ، وحَقُّه منه ثُلُثاه ، وهو السُّبْعُ[13] ، فتَوَفَّرَ ذلك على شَرِيكَيْه[14] فى الشُّفْعةِ ، فلِلأوَّلِ والثالِثِ أن يقولا : نحن سواءٌ فى الاسْتِحْقاقِ ، ولم يَتْرُكْ واحدٌ منا شَيْئًا من حَقِّه ، فنَجْمَعُ ما معنا فنَقْسِمُه ، فيكونُ على ما ذَكَرْنا . وإن قال الثانى : أنا آخُذُ الرُّبْعَ . فله ذلك ؛ لما ذَكَرْنا فى التى قبلَها ، فإذا قَدِمَ الثالثُ ، أخَذَ منه نِصْفَ سُدُسٍ ، وهو ثُلُثُ ما فى يَدِه ، فضَمَّه إلى ثَلاثةِ الأرْباعِ ، وهى تِسْعَةٌ ، يَصِيرُ الجميعُ عَشرةً

---

(8) فى الأصل : « للصفقة » .

(9) سقط من : الأصل .

(10) فى الأصل : « فنضمه » .

(11) فى ب ، م : « سبعة » خطأ .

(12) فى ب ، م : « السبعة » .

(13) فى ب ، م : « التسع » .

(14) فى ب ، م : « شريكه » .

فيَقْتَسِمَانِها لكلِّ واحدٍ منهما خَمْسَةٌ ، وللثانى سَهْمانِ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ .

**فصل** : إذا اشْتَرَى رَجُلٌ من رَجُلَيْنِ شِقْصًا ، فلِلشَّفِيعِ أخذُ نَصِيبِ أحَدِهما دُونَ الآخرِ . وبهذا قال الشّافِعِيُّ . وحُكِيَ عن القاضى ، أنَّه لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، لئلَّا تَتَبعَّضَ صَفْقَةُ المُشْتَرِى . ولَنا ، أنَّ عَقْدَ الاثْنَيْنِ مع واحِدٍ عَقْدانِ ؛ لأنَّه مُشْتَرٍ من كلِّ واحدٍ منهما[15] مِلْكَه بثَمَنٍ مُفْرَدٍ ، فكان للشَّفِيعِ أخذُه ، كما لو أفْرَدَه بعَقْدٍ ، وبهذا يَنْفَصِلُ عما ذَكَرُوه . وإن اشْتَرَى اثْنانِ نَصِيبَ واحِدٍ ، فللشَّفِيعِ أخْذُ نصيبِ أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ . وبه قال مالِكٌ ، والشّافِعِيُّ ، وأبو حنيفةَ فى إحدى الرِّوايَتَيْنِ عنه . وقال فى الأُخرَى : يجوزُ له ذلك بعدَ القَبْضِ ، ولا يجوزُ قبلَه ؛ لأنَّه قَبْلَ القَبْضِ تَتَبعَّضُ صَفْقَةُ البائِعِ . ولَنا ، أنَّهما مُشْتَرِيانِ / ، فجازَ للشَّفِيعِ أخذُ نَصِيبِ أحَدِهِما ، كما بعدَ القَبْضِ . وما ذَكَرُوه لا نُسَلِّمُه ، على أنَّ المُشْتَرِىَ الآخرَ أخَذَ[16] نَصِيبَه ، فلا يكونُ تَبْعِيضًا . فإن باعَ اثْنانِ من اثْنَيْنِ ، فهى أرْبعَةُ عُقُودٍ ، ولِلشَّفِيعِ أخذُ الكُلِّ ، أو ما شاءَ منهما .

٥٣/٥ و

**فصل** : وإذا باعَ شِقْصًا لِثلاثةٍ ، دَفْعةً واحدةً ، فلِشَرِيكِه أن يَأْخُذَ من الثَّلاثةِ . وله أن يَأْخُذَ من أحَدِهِم ، وله أن يَأْخُذَ من اثْنَيْنِ دون الثّالِثِ ؛ لأنَّ [17]كُلَّ عَقْدٍ[17] منهما مُنْفرِدٌ ، فلا يَتَوَقَّفُ الأَخْذُ به على الأخذِ بما فى العَقْدِ الآخرِ ، كما لو كانت مُتفَرِّقَةً . فإذا أخَذَ نَصِيبَ واحِدٍ ، لم يكُنْ للآخَرَيْنِ مُشارَكتُه فى الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُما لم يَسْبِقْ مِلْكَ مَنْ أخَذَ نَصِيبَه ، ولا يَستَحِقُّ الشُّفْعةَ إلا بمِلْكٍ سابِقٍ . فأمّا إن باعَ نَصِيبَه لِثلاثةٍ ، فى ثلاثةِ عُقُودٍ مُتفَرِّقَةٍ ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أيضا أن يَأْخُذَ الثَّلاثَةَ ، وله أن يَأْخُذَ ما شاءَ منهما ؛ فإن أخَذَ نَصِيبَ الأوَّلِ ، لم يكُنْ للآخَرَيْنِ مُشارَكتُه [18]فى شُفْعَتِه ؛ لأنَّهما لم يكُنْ لهما مِلْكٌ حين بَيْعِه ، وإن أخَذَ نَصِيبَ الثانى وحدَه ، لم يَمْلِكِ الثالثُ مُشارَكتَه[18]

---

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) فى ب ، م : « يأخذ » .

(١٧-١٧) فى م : « عقد كل » .

(١٨-١٨) سقط من : ب .

لذلك ، ويُشَارِكُهُ الأَوَّل فى شُفْعَتِه ؛ لأنَّ مِلْكَه سابِقٌ لِشِرَاءِ الثانى ، فهو شَرِيكٌ حالَ شِرَائِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُشَارِكَه ؛ لأنَّ مِلْكَه حالَ شِرَاءِ الثانى يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعَةِ ، فلا يكونُ سَبَبًا فى اسْتِحْقَاقِها . وإن أخَذَ من الثالِثِ ، وعَفَا عن الأَوَّلَيْنِ ، ففى مُشَارَكَتِهِما له وَجْهانِ . وإن أخَذَ من الثَّلاثةِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحَدهما ، أنَّه لا يُشَارِكُه أحدٌ منهم ؛ لأنَّ أمْلَاكَهُم قد اسْتَحَقَّها بالشُّفْعةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ عليه بها شُفْعةً . والثانى ، يُشَارِكُه الثانى فى شُفْعةِ الثالِثِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصْحابِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّه كان مالِكًا مِلْكًا صَحِيحًا حالَ شِرَاءِ الثالِثِ ، ولذلك اسْتَحَقَّ مُشَارَكَتَه إذا عَفَا عن شُفْعَتِه ، فكذلك إذا لم يَعْفُ ؛ لأنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الشُّفْعةَ بالمِلْكِ الذى صارَ به شَرِيكا ، لا بالعَفْوِ عنه ، ولذلك قُلْنا فى الشَّفِيعِ إذا لم يَعْلَمْ بالشُّفْعةِ حتى باعَ نَصِيبَه : فله أخذُ نَصِيبِ المُشْتَرِى الأَول ، وللمُشْتَرِى الأَول أخذُ نَصِيبِ المُشْتَرِى الثانى . وعلى هذا يُشَارِكُه الأَول فى شُفْعةِ الثانى والثالِثِ جَمِيعًا . فعلى هذا إذا كانتْ دارٌ بين اثْنَيْنِ نِصْفَيْنِ ، فباعَ أحَدُهُما نَصِيبَه لِثَلاثةٍ ، فى[19] ثَلاثةِ عُقُودٍ ، فى كلِّ عَقْدٍ سُدُسًا ، فللشَّفِيعِ السُّدُسُ الأَوَّلُ وثَلاثةُ أرْباعِ الثانى وثَلاثةُ أخْماسِ الثالِثِ ، ولِلْمُشْتَرِى الأَوَّلِ رُبْعُ السُّدُسِ الثانى وخُمْسُ الثالِثِ ، وللمُشْتَرِى الثانى خُمْسُ الثالِثِ فتَصِحُّ المَسْألةُ من مائةٍ وعِشْرِينَ سَهْمًا ، لِلشَّفِيعِ الأَولِ مائةٌ وسَبْعَةُ أسْهُمٍ ، وللثانى تِسْعةٌ ، وللثالِثِ أرْبَعةٌ . وإن / قُلْنا : إنَّ الشُّفْعةَ على عَدَدِ الرُّءُوسِ . فلِلْمُشْتَرِى الأَوَّلِ نِصْفُ السُّدُسِ الثانى وثُلُثُ الثالِثِ ، وللثانى ثُلُثُ الثالِثِ وهو نِصْفُ التُّسْعِ ، فتَصِحُّ من سِتَّة وثَلاثِينَ ، لِلشَّفِيعِ تِسْعةٌ وعِشْرُونَ ، وللثانى خَمْسَةٌ ، وللثالث سَهْمان .

٥٣/٥ ظ

**فصل** : دارٌ بين أرْبَعةٍ أرْباعًا ، باعَ ثلاثةٌ منهم فى عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، ولم يَعْلَمْ شَرِيكُهُم ،

---

(١٩) فى ب : « من » .

ولا بعضُهم ببعض ، فلِلَّذى لم يَبِعْ الشُّفْعةُ فى الجَمِيع . وهل يَسْتَحِقُّ البائعُ[٢٠] الثانى والثالث الشُّفْعةَ فيما باعَهُ البائـعُ الأَوَّل والثانى[٢٠] ؟ على وَجْهَيْـنِ . [٢١]وكـذلك هل يَسْتَحِقُّ الثالثُ الشُّفْعةَ فيما باعَهُ الأَوَل والثانى ؟ على وَجْهَيْنِ[٢١] . وهل يَسْتَحِقُّ مُشْتَرِى الرُّبْعِ الأَوَّلِ الشُّفْعةَ فيما باعَهُ الثانى والثالثُ ؟ وهل[٢٢] يَسْتَحِقُّ الثانى شُفْعةَ الثالثِ ؟ على ثلاثةِ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَسْتَحِقَّانِ ؛ لأنَّهما مالِكَانِ حالَ البَيْعِ . والثانى ، لا حَقَّ لهما ؛ لأنَّ مِلْكَهُما مُتَزَلْزِلٌ يَسْتَحِقُّ أخْذَه بالشُّفْعةِ ، فلا تَثْبُتُ به . والثالث ، إن عَفَا عنهما أخَذَا ، وإلَّا فلا . فإذا قُلْنا : يَشْتَرِكُ الجَمِيعُ . فلِلَّذى لم يَبِعْ ثُلُثُ كلِّ رُبْعٍ ؛ لأنَّ له شَرِيكَيْنِ ، فصارَ له الرُّبْعُ مَضْمُومًا إلى مِلْكِه ، فكَمُلَ له النِّصْفُ ، وللبائعِ والمُشْتَرِى[٢٣] الأَوَّلِ الثُّلُثُ ، لكلِّ واحدٍ منهما السُّدُسُ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فى شُفْعَةٍ . [٢٤]وللْبائعِ الثانى ، والمُشْتَرِى الثانى السُّدُسُ ، لكلِّ واحدٍ منهما نصفُه ؛ لأنَّـه شَرِيكٌ فى شُفْعَـةِ[٢٤] بَيْـعٍ واحدٍ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ .

**فصل** : وإن باعَ الشَّرِيكُ نِصْفَ الشِّقْصِ لِرَجُلٍ ، ثم باعَـهُ بَقِيَّتَـهُ[٢٥] فى صَفْقَـةٍ أُخْرَى ، ثم عَلِمَ الشَّفِيعُ ، فله أخذُ المَبِيعِ الأَولِ والثانى ، وله أخذُ أحَدِهِما دُونَ الثانى ؛ لأنَّ لكلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِه ، فإن أخَذَ الأَوَّلَ ، لم يُشَارِكْه فى شُفْعَتِه أحدٌ ، وإن أخَذَ الثانى ، فهل يُشَارِكُه المُشْتَرِى فى شُفْعَتِه بنَصِيبِه الأَوَّلِ ؟ فيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، يُشَارِكُه فيها[٢٦] . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ، وبعضِ أصْحابِ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه شَرِيكٌ وقتَ

---

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ – ٢١) سقط من : ب .

(٢٢) فى م : « أو هل » .

(٢٣) فى الأصل : « وللمشترى » .

(٢٤ – ٢٤) سقط من : م . نقلة نظر .

(٢٥) فى الأصل : « بعينه» .

(٢٦) سقط من : ب . وفى الأصل : « فيهما » .

البَيْعِ الثانى ، يَمْلِكُه الذى اشْتَرَاهُ أَوَّلًا . والثانى ، لا يُشَارِكُه ؛ لأَنَّ مِلْكَه على الأَوَّلِ لم يَسْتَقِرَّ ، لكَوْنِ الشَّفِيعِ يَمْلِكُ أخْذَه . والثالث ، إن عَفَا الشَّفِيعُ عن الأَوَّلِ شَارَكَه فى الثانى ، وإن أَخَذَ بهما جَمِيعا لم يُشَارِكْه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ؛ لأَنَّه إذا عَفَا عنه ، اسْتَقَرَّ مِلْكُه ، فشَارَكَ به ، بخِلَافِ ما إذا أَخَذَ . فإن قُلْنا : يُشَارِكُ فى الشُّفْعةِ . ففى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، ثُلُثُه . والثانى ، نِصْفُه . بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ فى قِسْمَةِ الشُّفْعةِ على قَدْرِ الأَمْلاكِ أو عَدَدِ الرُّءُوسِ . فإذا قُلْنا : / يُشَارِكُه . فعَفَا له عن الأَوَّلِ ، صارَ له ثُلُثُ العَقَارِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ثَلَاثَةُ أَثْمانِه ، وباقِيه لِشَرِيكِه . وإن لم يَعْفُ عن الأَوَّلِ ، فله نِصْفُ سُدُسِه ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ثُمْنُه ، والباقِى لِشَرِيكِه . وإن باعَهُ الشَّرِيكُ الشِّقْصَ فى ثَلَاثِ صَفقاتٍ مُتَسَاوِيَة ، فحُكْمُه حُكْمُ ما لو باعَه لِثَلَاثَةِ أَنْفُسٍ ، على ما شَرَحْناه . ويَسْتَحِقُّ ما يَسْتَحِقُّون . ولِلشَّفِيعِ هٰهُنا مثلُ مالَهُ مع[27] الثَّلَاثَةِ . واللهُ أعلمُ .

٥٤/٥ و

**فصل** : وإذا كانت دارٌ بين ثَلَاثَةٍ ، فوَكَّلَ أَحَدُهم شَرِيكَه فى بَيْعِ نَصِيبِه مع نَصِيبِه ، فباعَهما[28] لِرَجُلٍ واحِدٍ ، فلِشَرِيكِهما الشُّفْعةُ فيهما . وهل له أَخْذُ أَحدِ النَّصِيبَيْنِ دُونَ الآخر ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، له ذلك ؛ لأَنَّ المالِكَ اثْنانِ ، فهما بَيْعانِ ، فكان له أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهما ، كما لو تَوَلَّيَا العَقْدَ . والثانى ، ليس له ذلك ؛ لأَنَّ الصَّفْقةَ واحِدَةٌ ، وفى أَخْذِ أَحَدِهما تَبْعِيضُ الصَّفْقَةِ على المُشْتَرِى ، فلم يَجُزْ ، كما لو كانا لِرَجُلٍ واحِدٍ . وإن وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا فى شِرَاءِ نِصْفِ[29] نَصِيبِ أحدِ الشُّرَكاءِ ، فاشْتَرَى الشِّقْصَ كلَّه لِنَفْسِه ولمُوَكِّلِه ، فلِشَرِيكِه أَخْذُ نَصِيبِ أَحَدِهما ؛ لأَنَّهما مُشْتَرِيانِ ، فأَشْبَهَ ما لو وَلِيَا العَقْدَ . والفَرْقُ بين هذه الصُّورَةِ والتى قبلَها ، أَنَّ أَخْذَ أَحدِ[29] النَّصِيبَيْنِ لا يُفْضِى إلى

---

(٢٧) فى ب : « على » .

(٢٨) فى ب ، م : « فباعها » .

(٢٩) سقط من : ب .

تَبْعِيضِ صَفْقَةِ المُشْتَرِى ، ولأنَّه قد (٣٠ يَرْضَى شَرِكَةَ ٣٠) أحدِ المُشْتَرِيَيْنِ دُون الآخَرِ . بخِلَافِ التى قبلَها ؛ فإنَّ المُشْتَرِىَ واحِدٌ .

**٨٨٢ – مسألة ؛ قال : ( وعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِى ، وعُهْدَةُ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ )**

يعنى أنَّ الشَّفِيعَ إذا أخَذَ الشِّقْصَ ، فظَهَرَ مُسْتَحَقًّا ، فرُجُوعُه بالثَّمَنِ على المُشْتَرِى ، ويَرْجِعُ[1] المُشْتَرِى على البائعِ . وإن وَجَدَه مَعِيبًا فله رَدُّه على المُشْتَرِى ، أو أخْذُ أرْشِه منه ، والمُشْتَرِى يَرُدُّ على البائِعِ ، أو يَأْخُذُ الأَرْشَ منه ، سواءٌ قَبَضَ الشِّقْصَ من المُشْتَرِى أو من البائِعِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى ، وعُثْمانُ البَتِّىُّ : عُهْدَةُ الشَّفِيعِ على البائعِ ؛ لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ له بإيجابِ البائعِ ، فكان رُجُوعُه عليه ، كالمُشْتَرِى . وقال أبو حنيفةَ : إن أخَذَه من المُشْتَرِى ، فالعُهْدَةُ عليه ، وإن أخَذَه من البائعِ فالعُهْدَةُ عليه ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ إذا أخَذَهُ من البائعِ تَعَذَّرَ قَبْضُ المُشْتَرِى ، فيَنْفَسِخُ البَيْعُ بين البائعِ والمُشْتَرِى ، فكان الشَّفِيعُ آخِذًا من البائِعِ ، مالِكًا من جِهَتِه ، فكانت عُهْدَتُه عليه . ولَنا ، أنَّ الشُّفْعةَ مُسْتَحَقَّةٌ بعدَ الشِّراءِ وحُصُولِ المِلْكِ للمُشْتَرِى ، ثم يَزُولُ المِلْكُ من المُشْتَرِى / إلى الشَّفِيعِ بالثَّمَنِ . فكانت العُهْدَةُ عليه ، كما لو أخَذَه منه ببَيْعٍ ، ولأنَّه مَلَكَه من جِهَةِ المُشْتَرِى بالثَّمَنِ ، فمَلَكَ رَدَّه عليه بالعَيْبِ ، كالمُشْتَرِى فى البَيْعِ الأوَلِ . وقِيَاسُه على المُشْتَرِى ، فى جَعْلِ عُهْدَتِه على البائِعِ ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ مَلَكَه من البائعِ ، بخِلَافِ الشَّفِيعِ . وأمَّا إذا أخَذَه من البائعِ ، فالبائِعُ نائِبٌ عن المُشْتَرِى فى التَّسْلِيمِ المُسْتَحَقِّ عليه . ولو انْفَسَخَ العَقْدُ بين المُشْتَرِى والبائعِ ، بَطَلَتِ الشُّفْعةُ ؛ لأنَّها اسْتُحِقَّتْ به .

٥٤/٥ ظ

---

(٣٠ – ٣٠) فى الأصل : « رضى » .

(١) فى ب : « ورجوع » .

**فصل** : وحُكْمُ الشَّفِيعِ فى الرَّدِّ بالعَيْبِ ، حُكْمُ المُشْتَرِى من المُشْتَرِى ، وإن عَلِمَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ ، ولم يَعْلَم الشَّفِيعُ ، فلِلشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى . أو أخْذُ أرْشِه منه ، وليس لِلمُشْتَرِى شىءٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الشَّفِيعُ أخذَ الأرْشِ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ يَأْخُذُ بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ عليه العَقْدُ ، فإذا أخَذَ الأرْشَ ، فما أخَذَه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ على المُشْتَرِى . وإن عَلِمَ الشَّفِيعُ دُونَ المُشْتَرِى ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أرْشٌ ؛ لأنَّ الشَّفِيعَ أخَذَه عَالِمًا بعَيْبِه ، فلم يَثْبُتْ له رَدٌّ ولا أرْشٌ ، كالمُشْتَرِى إذا عَلِمَ العَيْبَ ، والمُشْتَرِى قد اسْتَغْنَى عن الرَّدِّ ، لِزَوالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، وحُصُولِ الثَّمَنِ له من الشَّفِيعِ ، ولم يَمْلِكِ الأرْشَ ؛ لأنَّه اسْتَدْرَكَ ظُلَامَتَه ، ورَجَعَ إليه جَمِيعُ ثَمَنِه ، فأشْبَهَ ما لو رَدَّه على البائِعِ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أخذَ الأرْشِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن الجُزْءِ الفائِتِ من المَبِيعِ ، فلم يَسْقُطْ بزَوالِ مِلْكِه عن المَبِيعِ ، كما لو اشْتَرَى قَفِيزَيْنِ ، فتَلِفَ أحَدُهما ، وأخَذَ الآخرَ . فعلى هذا ، ما يَأْخُذُه من الأرْشِ يَسْقُطُ عن الشَّفِيعِ من الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ يَجِبُ عليه بالثَّمَنِ الذى اسْتَقَرَّ[2] عليه العَقْدُ ، فأشْبَهَ ما لو أخَذَ الأرْشَ قبلَ أخْذِ الشَّفِيعِ منه . وإن عَلِمَا جَمِيعًا ، فليس لواحِدٍ منهما رَدٌّ ولا أرْشٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما دَخَلَ على بَصِيرَةٍ ، ورَضِىَ بِبَذْلِ الثَّمَنِ فيه بهذه الصِّفَةِ . وإن لم يَعْلَمَا ، فلِلشَّفِيعِ رَدُّه على المُشْتَرِى ، ولِلْمُشْتَرِى رَدُّه على البائِعِ ، فإن لم يَرُدَّه الشَّفِيعُ ، فلا [3]رَدَّ لِلْمُشْتَرِى[3] ؛ لما ذَكَرْنا أوَّلًا . وإن أخَذَ الشَّفِيعُ أرْشَه من المُشْتَرِى ، فلِلْمُشْتَرِى أخْذُه من البائِعِ . وإن لم يَأْخُذ منه شَيْئًا ، فلا شىءَ لِلْمُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ أخْذَه ، على الوَجْهِ الذى ذَكَرْناه . فإذا أخَذَه ، فإن كان الشَّفِيعُ لم يُسْقِطْه عن المُشْتَرِى ، سَقَطَ عنه من الثَّمَنِ بِقَدْرِهِ ؛ لأنَّه الثَّمَنُ الذى اسْتَقَرَّ عليه البَيْعُ ، وسُكُوتُه لا يُسْقِطُ حَقَّه ، وإن أسْقَطَه عن / المُشْتَرِى ، تَوَفَّرَ عليه ، كما لو زادَه على الثَّمَنِ باخْتِيارِه . فأمَّا إن اشْتَراه بالبَرَاءةِ من كلِّ عَيْبٍ ، فالصَّحِيحُ من المَذْهَبِ أنَّه[4] لا يَبْرَأُ ، فيكونُ كأنَّه لم يَبْرَأْ إليه من

٥٥/٥ و

(٢) فى الأصل : « يستقر » .

(٣-٣) فى م : « يرد المشترى » .

(٤) فى م : « أن » .

شىءٍ . وفى رِوَايةٍ أُخْرَى ، أنَّه يَبْرأُ ، إلَّا أن يكونَ البائعُ عَلِمَ بالعَيْبِ ، فدَلَّسَه ، واشْتَرَطَ البَرَاءَةَ . فعلى هذه الرِّوَايةِ ، إن عَلِمَ الشَّفِيعُ باشْتِرَاطِ البَرَاءةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المُشْتَرِى ؛ لأنَّه دَخَلَ على شِرَائِه ، فصارَ كمُشْتَرٍ ثانٍ اشْتَرَطَ[٥] البَرَاءةَ . وإن لم يَعْلَمْ ذلك ، [٦] فحُكْمُه حُكْمُ ما لو عَلِمَهُ[٦] المُشْتَرِى دُونَ الشَّفِيعِ .

**٨٨٣ – مسألة ؛ قال : ( والشُّفْعَةُ لا تُورَثُ ، إلَّا أنْ يَكُونَ الْمَيِّتُ طَالَبَ بِهَا )**

وجملةُ ذلك ، أنَّ الشَّفِيعَ إذا ماتَ قبلَ الأَخْذِ بها ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يموتَ قبلَ الطَّلَبِ بها ، فتَسْقُطُ ، ولا تَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ . قال أحمدُ : الموتُ يُبْطِلُ به ثلاثةُ أشياء ؛ الشُّفْعةُ ، والحَدُّ إذا ماتَ المَقْذُوفُ ، والخِيَارُ إذا ماتَ الذى اشْتَرطَ الخِيَارَ لم يَكُنْ لِلْوَرَثَةِ . هذه الثَّلَاثَةُ الأَشْياءِ إنَّما هى بالطَّلَبِ ، فإذا لم يَطْلُبْ ، فليس تَجِبُ ، إلَّا أن يُشْهِدَ أنِّى على حَقِّى من كذا وكذا ، وأنِّى قد طَلَبْتُه ، فإن ماتَ بعدَه ، كان لِوَارِثِه الطَّلَبُ به . ورُوِىَ سُقُوطُه بالمَوْتِ عن الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال مالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ : يُورَثُ . قال أبو الخَطَّابِ ، ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ؛ لأنَّه خِيَارٌ ثابِتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عن المالِ ، فيُورَثُ ، كخِيَارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، أنَّه حَقُّ فَسْخٍ ثَبَتَ[١] لا لِفَواتِ جُزْءٍ ، فلم يُورَثْ ، كالرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ، ولأنَّه نَوْعُ خِيَارٍ جُعِلَ للتَّمْلِيكِ ، أشْبَهَ خِيَارَ القَبُولِ . فأمَّا خِيَارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، فإنَّه لِاسْتِدْراكِ جُزْءٍ فاتَ من المَبِيعِ . الحال الثانى ، إذا طَالَبَ بالشُّفْعةِ ثم ماتَ . فإنَّ حَقَّ الشُّفْعةِ يَنْتَقِلُ إلى الوَرَثَةِ ، قولًا واحدًا . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وقد ذَكَرْنا نَصَّ أحمدَ عليه . لأنَّ الحَقَّ يَتقَرَّرُ بالطَّلَبِ ، ولذلك لا يَسْقُطُ بتَأْخِيرِ الأَخْذِ بعدَه ، وقبلَه يَسْقُطُ . وقال القاضى : يَصِيرُ الشِّقْصُ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ بنَفْسِ المُطَالَبةِ . وقد

---

(٥) فى الأصل : « لشرط » .

(٦ – ٦) فى الأصل ، ب : « فحكمه ما لو علم » .

(١) فى الأصل : « أثبت » .

ذَكَرْنا أنَّ الصَّحِيحَ غيرُ هذا ، فإنَّه لو صَارَ مِلْكًا لِلشَّفِيعِ ، لم يَصِحَّ العَفْوُ عن الشُّفْعةِ بعدَ طَلَبِها ، كما لا يَصِحُّ العَفْوُ عنها بعدَ الأَخْذِ بها . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الحَقَّ يَنْتَقِلُ إلى جَمِيعِ الوَرَثَةِ على حَسَبِ مَوارِيثِهم ، لأنَّه حَقٌّ مالِيٌّ مَوْرُوثٌ ، فيَنْتَقِلُ إلى جَمِيعِهم ، كسائِرِ الحُقُوقِ المالِيَّةِ ، وسواءٌ قلنا : الشُّفْعةُ على قَدْرِ الأَمْلاكِ ، أو على عَدَدِ الرُّءُوسِ ؛ لأنَّ هذا يَنْتَقِلُ إليهم من مَوْرُوثِهم . فإن تَرَكَ بعضُ الوَرَثَةِ حَقَّه ، تَوَفَّرَ[2] الحَقُّ على سائِرِ الوَرَثَةِ ، ولم / يكُنْ لهم أن يَأْخُذُوا إلَّا الكلَّ ، أو يَتْرُكُوا ، كالشُّفَعاءِ إذا عَفَا بعضُهم عن شُفْعَتِه ؛ لأنَّا لو جَوَّزْنا أَخْذَ[3] بعضِ الشِّقْصِ المَبِيعِ ، تَبَعَّضَتِ الصَّفْقَةُ على المُشْتَرِى ، وهذا ضَرَرٌ فى حَقِّه .

٥/٥٥ ظ

**فصل** : وإن أشْهَدَ الشَّفِيعُ على مُطَالَبَتِه بها لِلْعُذْرِ ، ثم ماتَ ، لم تَبْطُلْ ، وكان لِلْوَرَثَةِ المُطَالَبَةُ بها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ الإِشْهادَ على الطَّلَبِ عندَ العَجْزِ عنه ، يَقُومُ مَقَامَه ، فلم تَسْقُطِ الشُّفْعةُ بالمَوْتِ بعدَه[4] ، كنَفْسِ الطَّلَبِ .

**فصل** : وإذا بِيعَ شِقْصٌ له شَفِيعانِ ، فعَفَا أحَدُهُما عنها[5] ، وطَالَبَ الآخَرُ بها ، ثم ماتَ المُطَالِبُ[6] ، فوَرِثَهُ العافِى ، فله أَخْذُ الشِّقْصِ بها ؛ لأنَّه وارِثٌ لِشَفِيعٍ مُطَالِبٍ بالشُّفْعةِ ، فمَلَكَ الأَخْذَ بها ، كالأجْنَبِىِّ . وكذلك لو قَذَفَ رَجُلٌ أُمَّهُما وهى مَيِّتَةٌ ، فعَفَا أحَدُهُما ، فطَالَبَ[7] الآخَرُ ، ثم ماتَ الطَّالِبُ ، فوَرِثَه العافِى ، ثَبَتَ له اسْتِيفاؤُه بالنِّيابةِ عن أخِيه المَيِّتِ ، إذا قُلْنا بوُجُوبِ الحَدِّ بقَذْفِها .

**فصل** : وإن ماتَ مُفْلِسٌ ، وله شِقْصٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، كان لِوَرَثَتِه الشُّفْعةُ . وهذا

---

(٢) فى م : « توافر » .
(٣) فى الأصل : « لواحد » .
(٤) فى م : « بعد » .
(٥) سقط من : م .
(٦) فى الأصل : « الطالب » .
(٧) فى ب : « أو طلب » .

مذهبُ الشافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا شُفْعَةَ لهم ؛ لأنَّ الحَقَّ انْتقلَ إلى الغُرَماءِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ فى شَرِكَةِ ما خَلَفَه مَوْرُوثُهم من شِقْصٍ ، فكان لهم المُطالَبَةُ بشُفْعَتِه ، كغيرِ المُفْلِسِ . ولا نُسَلِّمُ أن التَّرِكَةَ انْتَقلَتْ إلى الغُرَماءِ ، بل هى لِلْوَرَثَةِ ، بِدَلِيلِ أنَّها لو تَمَّتْ أو زَادَ ثَمَنُها ، لَحُسِبَ على الغُرَماءِ فى قَضَاءِ دُيُونِهِم ، وإنَّما تَعَلَّقَ حَقُّهُم به ، فلم يَمْنَعْ ذلك من الشُّفْعةِ ، كما لو كان[8] لرجلٍ شِقْصٌ مَرْهُونٌ ، فباعَ شَرِيكُه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ به . ولو كان للمَيِّتِ دارٌ ، فَبِيعَ بعضُها فى[9] قَضاءِ دَيْنِه ، لم يكُنْ لِلْوَرَثَةِ شُفْعَةٌ ؛ لأنَّ البَيْعَ يَقَعُ لهم ، فلا يَسْتَحِقُّونَ الشُّفْعةَ على أنْفُسِهِم . ولو كان الوارِثُ شَرِيكًا لِلْمَوْرُوثِ ، فبِيعَ نَصِيبُ المَوْرُوثِ فى دَيْنِه ، فلا شُفْعَةَ أيضا ؛ لأنَّ نَصِيبَ المَوْرُوثِ انْتَقلَ بمَوْتِه إلى الوارِثِ ، فإذا بِيعَ فقد بِيعَ مِلْكُه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ على نَفْسِه .

**فصل** : ولو اشْتَرَى شِقْصًا مَشْفُوعًا ، ووَصَّى به ، ثم ماتَ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّ حَقَّه أسْبَقُ من حَقِّ المُوصَى له ، فإذا أخَذَه ، دَفَعَ الثَّمَنَ إلى الوَرَثةِ ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ المُوصَى به [10]ذَهَبَ ، فبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو تَلِفَ ، ولا يَسْتَحِقُّ المُوصَى له بَدَلَه ؛ لأنَّه لم يُوصَ له إلَّا بالشِّقْصِ ، وقد فاتَ[10] بأخْذِه . ولو وَصَّى رَجُلٌ[11] لإنْسانٍ بشِقْصٍ ، ثم ماتَ ، فبِيعَ فى تَرِكَتِه شِقْصٌ قبلَ قَبُولِ المُوصَى له ، فالشُّفْعةُ / لِلْوَرَثَةِ فى الصَّحِيحِ ؛ لأنَّ المُوصَى به لا يَصِيرُ لِلْوَصِىِّ إلَّا بعدَ القَبُولِ ، ولم يُوجَدْ ، فيكونُ باقِيًا على مِلْكِ الوَرَثَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لِلمُوصَى[12] إذا قُلْنا : إن المِلْكَ يَنْتَقِلُ إليه بمُجَرَّدِ المَوْتِ . فإذا قَبِلَ الوَصِيَّةَ ، اسْتَحَقَّ المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أن المِلْكَ كان له ، فكان المَبِيعُ[13] فى شَرِكَتِه . ولا يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ قبلَ القَبُولِ ؛ لأنَّا لا

٥٦/٥ و

---

(٨) فى م زيادة : « للميت » .

(٩) فى الأصل : « ثم » .

(١٠ - ١٠) سقط م : ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) فى الأصل ، م : « للوصى » .

(١٣) فى الأصل : « البيع » .

نَعْلَمُ أن المِلْكَ له قبلَ القَبُولِ ، وإنَّما يَتَبَيَّنُ ذلك بقَبُولِه ، فإن قَبِلَ تَبَيَّنَّا [14]أنَّه كانَ[14] له . وإن رَدَّ ، تَبيَّنَّا أنَّه كان لِلْوَرَثةِ . ولا تَستَحِقُّ الوَرَثةُ المُطَالَبةَ أيضا ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أنَّ لهم المُطَالَبَةَ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ ، وبَقَاءُ الحَقِّ لهم . ويُفَارِقُ المُوصَى له من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ الأصْلَ عَدَمُ القَبُولِ منه . والثانى ، أنَّه يُمْكِنُه أن يَقْبَلَ ثم يُطَالِبَ ، بخِلَافِ الوارِثِ ؛ فإنَّه لا سَبِيلَ له إلى فِعْلِ ما يُعْلَمُ به[15] ثُبُوتَ المِلْكِ له أو لغيرِه . فإذا طَالَبُوا ، ثم قَبِلَ الوَصِىُّ[16] الوَصِيَّةَ ، كانت الشُّفْعةُ له ، ويَفْتَقِرُ إلى الطَّلَبِ منه ؛ لأنَّ الطَّلَبَ الأولَ تَبيَّنَ[17] أنَّه من غيرِ المُستَحِقِّ . وإن قُلْنا بالرِّوَايةِ الأُولَى ، فطَالَبَ الوَرَثَةُ بالشُّفْعةِ ، فلهم الأخْذُ بها . وإن قَبِلَ الوَصِىُّ أخَذَ الشِّقْصَ المُوصَى به ، دون الشِّقْصِ المَشْفُوعِ ؛ لأنَّ الشِّقْصَ المُوصَى به إنَّما انْتَقَلَ إليه بعدَ الأخْذِ بشُفْعَتِه ، فأشْبَهَ مالو أخَذَ[18] بها المُوصِى فى حَيَاتِه . وإن لم يُطَالِبُوا بالشُّفْعةِ حتى قَبِلَ المُوصَى لَهُ[19] ، فلا شُفْعَةَ للمُوصَى له ؛ لأنَّ البَيْعَ وَقَعَ قبل ثُبُوتِ المِلْكِ له[19] ، وحُصُولِ شَرِكَتِه . وفى ثُبُوتِها للوَرَثةِ وَجْهانِ ، بِنَاءً على ما لو باعَ الشَّفِيعُ نَصِيبَه قبلَ عِلْمِه بِبَيْعِ شَرِيكِه .

**فصل** : ولو اشْتَرَى رَجُلٌ شِقْصًا ، ثم ارْتَدَّ فقُتِلَ أو ماتَ ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُه بالشُّفْعةِ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ بالشِّراءِ ، وانْتِقَالُه إلى المُسْلِمِينَ بقَتْلِه أو مَوْتِه لا يَمْنَعُ الشُّفْعةَ ، كما لوماتَ على الإسْلامِ ، فوَرِثَه[20] وَرَثَتُه ، أو صارَ مالُه لِبَيْتِ المالِ ، لِعَدَمِ وَرَثَتِه ، والمُطَالِبُ بالشُّفْعةِ وَكِيلُ بَيْتِ المالِ .

---

(14 – 14) فى ب : « أن ذلك » .

(15) سقط من : الأصل ، ب .

(16) سقط من : الأصل . وفى ب : « الموصى » .

(17) فى الأصل ، م : « يتبين » .

(18) فى الأصل : « أخذه » .

(19) فى م : « به » .

(20) فى ب ، م : « فورثته » .

فصل : وإذا اشْتَرَى المُرْتَدُّ شِقْصًا ، فتَصرُّفُه مَوْقُوفٌ ، فإن قُتِلَ على رِدَّتِه أو ماتَ عليها ، تَبَيَّنَّا أنَّ شِرَاءَه باطِلٌ ، ولا شُفْعةَ فيه ، وإن أسْلَمَ ، تَبَيَّنَّا صِحَّتَه ، وثُبُوتَ الشُّفْعةِ فيه . وقال أبو بكرٍ : تَصرُّفُه غير صَحِيحٍ فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّ مِلْكَه يَزُولُ بردَّتِه ، فإذا أسْلَمَ عادَ إليه تَمْلِيكًا مُسْتَأْنَفًا . وقال الشافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ : تَصرُّفُه صَحِيحٌ فى الحالَيْنِ ، وتَجِبُ الشُّفْعةُ فيه . ومَبْنَى الشُّفْعَةِ هـٰهُنا على صِحَّةِ تَصرُّفِ المُرْتَدِّ ، ويُذْكَرُ فى غيرِ هذا المَوْضِعِ[21] . وإن بِيعَ شِقْصٌ فى شَرِكَةِ المُرْتَدِّ ، وكان المُشْتَرِى كافِرًا ، فأخذَ[22] بالشُّفْعةِ ، انْبَنَى على ذلك / أيضا ؛ لأنَّ أخْذَه بالشُّفْعةِ[23] شِراءٌ لِلشِّقْصِ من المُشْتَرِى ، فأشْبَه شِرَاءَه لغيرِه . وإن ارْتَدَّ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ، وقُتِلَ بالرِّدَةِ أو ماتَ عليها ، انْتَقَلَ مالُه إلى المُسْلِمِينَ ، فإن كان طَالَبَ بالشُّفْعةِ ، انْتَقَلَتْ أيضا إلى المُسْلِمِينَ ، يَنْظُرُ فيها الإمامُ أو نائِبُه . وإن قُتِلَ أو ماتَ قبلَ طَلَبِها ، بَطَلَتْ شُفْعَتُه ، كما لو ماتَ على إسْلامِه . ولو ماتَ الشَّفِيعُ المُسْلِمُ ، ولم يَخْلُفْ وارِثًا سِوَى بَيْتِ المالِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى المُسْلِمِينَ إن ماتَ بعد الطَّلَبِ ، وإلَّا فلا .

٥٦/٥ ظ

**٨٨٤ – مسألة ؛ قال : ( وَإِنْ أَذِنَ الشَّرِيكُ فِى الْبَيْعِ ، ثُمَّ طَالَبَ[1] بالشُّفْعةِ بَعْدَ وُقُوعِ الْبَيْعِ ، فَلَهُ ذٰلِكَ )**

وجملةُ ذلك أنَّ الشَّفِيعَ إذا عَفَا عن الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، فقال : قد أَذِنْتُ فى البَيْعِ ، أو قد[2] أسْقَطْتُ شُفْعَتِى . أو ما أشْبَهَ ذلك ، لم تَسْقُطْ ، وله المُطَالَبَةُ بها متى وُجِدَ البَيْعُ . هذا[3] ظاهِرُ المَذْهَبِ . وهو مذهبُ مالكٍ ، والشَّافِعِىِّ ، والبَتِّىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ورُوِى عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ[3] الشُّفْعةَ تَسْقُطُ بذلك ؛ فإنَّ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، قال : قلتُ

---

(٢١) فى م : « الموضوع » .
(٢٢) فى الأصل : « فأخذه » .
(٢٣) فى ب : « للشفعة » .
(١) فى م : « طلب » .
(٢) سقط من : م . وفى ب : « قال قد » .
(٣) سقط من : ب .

لأحمدَ : ما مَعْنى قولِ النَّبيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ بَيْنَه وبَيْنَ أَخِيهِ رَبْعَةٌ ، فأَرَادَ بَيْعَها ، فَلْيَعْرِضْها عَلَيْهِ » . وقد جاءَ فى بعضِ الحَدِيثِ : « وَلَا يَحِلُّ لَهُ إِلَّا أَنْ يَعْرِضَهَا عَلَيْهِ » . إذا كانت الشُّفْعَةُ ثابتَةً له ؟ فقال : ما هو بِبَعِيدٍ مِن أن يكُونَ على ذلك ، وأن لا تكونَ له الشُّفْعةُ . وهذا قولُ الحَكَمِ ، والثَّورِيِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى خَيْثَمَةَ ، وطائِفَةٍ من أهْلِ الحَدِيثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد اخْتلَفَ فيه[4] عن أحمدَ ، فقال مَرَّةً : تَبْطُلُ شُفْعَتُه . وقال مَرَّةً : لا تَبطُلُ . واحْتَجُّوا بقولِ النبيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ لَهُ شَرِكَةٌ فِى أَرْضٍ ؛ رَبْعَةٍ ، أو حَائِطٍ ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وإِنْ شَاءَ تَرَكَ »[5] . ومُحَالٌ أن يقولَ النبيُّ ﷺ : « ومن شَاءَ تَرَكَ » . فلا يكونُ لِتَرْكِه مَعْنًى . ومَفْهُومِ قولِه : « فَإِنْ بَاعَ ، وَلَمْ يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » أنَّه إذا باعَهُ بإذْنِه لا حَقَّ له . ولأنَّ الشُّفْعةَ تَثْبتُ فى مَوْضِعِ الاتِّفاقِ على خِلَافِ الأَصْلِ ، لكَوْنِه يأْخُذُ مِلْكَ المُشْتَرِى من غيرِ رِضَائِه ، ويُجْبِرُه على المُعاوَضةِ به ، لِدُخُولِه مع البائِعِ فى العَقْدِ ، الذى أساءَ فيه بإدْخالِه الضَّرَرَ على شَرِيكِه ، وتَرْكِه الإحْسانَ إليه فى عَرْضِه عليه . وهذا المَعْنَى مَعْدُومٌ هٰهُنا ، فإنَّه قد عَرَضَه عليه ، وامْتِناعُه من أخْذِه دَلِيلٌ على عَدَمِ الضَّرَرِ فى حَقِّه بِبَيْعِه ، وإن كان فيه ضَرَرٌ / فهو أدْخَلَه على نَفْسِه ، فلا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعةَ ، كما لو أخَّرَ المُطَالبةَ بعدَ البَيْعِ . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه إسْقَاطُ حَقٍّ قبلَ وُجُوبِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أبْرَأَه ممَّا يَجِبُ له ، أو[6] أسْقَطَتِ المَرْأةُ صَدَاقَها قبلَ التَّزْوِيجِ . وأمَّا الخَبَرُ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ العَرْضَ عليه ، لِيَبْتاعَ ذلك إن أرادَ ، فتَخِفَّ عليه المُؤْنَةُ ، ويَكْتَفِىَ بأخْذِ المُشْتَرِى الشِّقْصَ ، لا إسْقاطِ حَقِّه من شُفْعَتِه .

٥٧/٥ و

**فصل** : إذا تَوَكَّلَ الشَّفِيعُ فى البَيْعِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه بذلك ، سواءٌ كان وَكِيلَ البائِعِ أو المُشْتَرِى . ذَكَرَه الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىِّ . وقال

---

(٤) أى النقل .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ . عند أبى داود .

(٦) فى ب زيادة : « لو » .

القاضى ، وبعضُ الشّافِعِيَّةِ : إن كان وَكِيلَ البائع ، فلا شُفْعَةَ له ؛ لأنَّه تَلْحَقُه التُّهمةُ فى البَيْعِ ، لكَوْنِه يَقْصِدُ تَقْلِيلَ الثَّمَنِ ، ليَأْخُذَ به[٧] ، بخِلَافِ وَكِيلِ المُشْتَرِى . وقال أصْحابُ الرَّأْى : لا شُفْعةَ لِوَكِيلِ المُشْتَرِى ، بناءً على أصْلِهِم أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ ، فلا يَسْتَحِقُّ على نَفْسِه . ولَنا ، أنَّه وَكِيلٌ ، فلا تَسْقُطُ شُفْعَتُه ، كالآخَرِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ . إنَّما يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ ، ثم لو انْتَقَلَ إلى الوَكِيلِ لمَا ثَبَتَتْ[٨] فى مِلْكِه ، إنَّما يَنْتَقِلُ فى الحالِ إلى المُوَكِّلِ ، فلا يكونُ الأخْذُ من نَفْسِه ، ولا الاسْتِحْقاقُ عليها . وأمَّا التُّهمةُ فلا تُؤَثِّرُ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ وَكَّلَه مع عِلْمِه بثُبُوتِ شُفْعَتِه[٩] ، راضِيًا بتَصَرُّفِه مع ذلك ، فلا يُؤَثِّرُ ، كما لو[١٠] أذِنَ لِوَكِيلِه[١١] فى الشِّراءِ من نَفْسِه . فعلى هذا ، لو قال لِشَرِيكِه : بِعْ نِصْفَ نَصِيبِى مع نِصْفِ نَصِيبِكَ . ففَعَلَ ، ثَبَتَتِ الشُّفْعةُ لكلِّ واحِدٍ منهما فى المَبِيعِ من نَصِيبِ صاحِبِه . وعند القاضى تَثْبُتُ فى نَصِيبِ الوَكِيلِ ، دُونَ نَصِيبِ المُوَكِّلِ .

**فصل** : وإن ضَمِنَ الشَّفِيعُ العُهْدَةَ لِلْمُشْتَرِى ، أو شَرَطَ له الخِيَارَ فاخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : تَسْقُطُ ؛ لأنَّ العَقْدَ تَمَّ به ، فأشْبَهَ البائِعَ إذا باعَ بعضَ نَصِيبِ نَفْسِه . ولَنا ، أنَّ هذا سَبَبٌ سَبَقَ وُجُوبَ الشُّفْعةِ ، فلم تَسْقُطْ به[١٢] الشُّفْعةُ ، كالإِذْنِ فى البَيْعِ ، والعَفْوِ عن الشُّفْعةِ قبلَ تَمامِ البَيْعِ . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ البَيْعَ لا يَقِفُ على الضَّمانِ ، ويَبْطُلُ بما إذا كان المُشْتَرِى شَرِيكًا ، فإنَّ البَيْعَ قد[١٣] تَمَّ به ، وتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ بقَدْرِ نَصِيبِه .

---

(٧) فى ب : « منه » .

(٨) فى الأصل زيادة : « له » .

(٩) فى ب : « الشفعة له » .

(١٠) فى ب زيادة : « وكله » .

(١١) فى م : « لوكيل » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) سقط من : الأصل ، ب .

فصل : وإذا كانت دارٌ بين ثلاثةٍ ، فقَارَضَ واحدٌ منهم أحَدَ شَرِيكَيْه بألْفٍ ، فاشْتَرَى به نِصْفَ[١٤] نَصِيبِ الثالثِ ، لم تَثْبُتْ فيه شُفْعةٌ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّ أحَدَ الشَّرِيكَيْنِ رَبُّ المالِ ، والآخَرَ العامِلُ ، فهما كالشَّرِيكَيْنِ فى المَتاعِ ، فلا يَسْتَحِقُّ أحَدُهُما على الآخرِ شُفْعةً . وإن باعَ الثالثُ باقِى نَصِيبه لأجْنَبِىٍّ ، كانت الشُّفْعةُ مُسْتَحَقَّةً بينهم أخْماسًا ، لِرَبِّ المالِ خُمْسَاها ، ولِلعامِلِ خُمْساها ، ولِمالِ المُضَارَبةِ خُمْسُها بالسُّدُسِ الذى له ، فيُجْعَلُ مالُ المُضَارَبةِ كشَرِيكٍ آخرَ ؛ لأنَّ حُكْمَه مُتَمَيِّزٌ عن مالِ كلِّ واحِدٍ منهما .

٥٧/٥ ظ

فصل : فإن كانت الدارُ بين ثلاثةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أجْنَبِىٌّ نَصِيبَ أحَدِهم ، فطَالَبه أحدُ الشَّرِيكَيْنِ بالشُّفْعةِ ، [١٥] فقال : إنَّما اشْتَرَيْتُه لِشَرِيكِكَ . لم تُؤثِّرْ هذه الدَّعْوَى فى قَدْرِ ما يَسْتَحِقُّ من الشُّفْعةِ[١٥] ، فإنَّ الشُّفْعةَ بين الشَّرِيكَيْنِ نِصْفَيْنِ ، سواءٌ اشْتَراها الأجْنَبِىُّ لِنَفْسِه ، أو لِلشَّرِيكِ الآخرِ . وإن تَرَكَ المُطَالِبُ بالشُّفْعةِ حَقَّه منها ، بِناءً على هذا القولِ ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُه ، لم تَسْقُطْ شُفْعَتُه . وإن أخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ لذلك ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُ المُشْتَرِى ، وعَفَا الشَّرِيكُ عن شُفْعَتِه ، فله أخْذُ نَصِيبِه من الشُّفْعةِ ؛ لأنَّ اقْتِصارَه على أخْذِ النِّصْفِ بُنِىَ[١٦] على خَبَرِ المُشْتَرِى ، فلم يُؤثِّرْ فى[١٤] إسْقاطِ الشُّفْعةِ ، واسْتَحَقَّ أخْذَ الباقِى لِعَفْوِ[١٧] شَرِيكِه عنه . وإن امْتَنَعَ من أخْذِ الباقِى ، سَقَطَتْ شُفْعَتُه كلُّها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ تَبْعِيضَ صَفْقةِ المُشْتَرِى . ويَحْتَمِلُ أن لا يَسْقُطَ حَقُّه من النِّصْفِ الذى أخَذَه ، ولا يَبْطُلَ أخْذُه له ؛ لأنَّ المُشْتَرِى أقَرَّ بما تَضَمَّنَ اسْتِحْقاقَه لذلك ، فلا يَبْطُلُ بِرُجُوعِه عن إقْرارِه . وإن أنْكَرَ الشَّرِيكُ كونَ الشِّراءِ له ، وعَفَا عن شُفْعَتِه ، وأصَرَّ المُشْتَرِى على الإقْرارِ لِلشَّرِيكِ به[١٤] ، فلِلشَّفِيعِ أخْذُ الكُلِّ ؛ لأنَّه لا مُنازِعَ له فى

---

(١٤) سقط من : ب .

(١٥ – ١٥) سقط من : ب . نقلة نظر .

(١٦) فى ب : « انبنى » .

(١٧) فى الأصل : « بعفو » .

اسْتِحْقاقِه ، وله الاقْتِصارُ على النِّصْفِ ؛ لإقْرارِ المُشْتَرِى له باسْتِحْقاقِ ذلك .

**فصل** : وإن قال أحدُ الشَّفِيعَيْنِ لِلْمُشْتَرِى : شِرَاؤُكَ باطِلٌ . وقال الآخَرُ : هو صَحِيحٌ . فالشُّفْعةُ كلُّها لِلْمُعْتَرِفِ بالصِّحَّةِ . وكذلك إن قال : ما اشْتَرَيْتَه ، إنَّما اتَّهَبْتَه . وصَدَّقَه الآخَرُ أنَّه اشْتَراه ، فالشُّفْعةُ لِلْمُصَدِّقِ بالشِّراءِ ؛ لأنَّ شَرِيكَه مُسْقِطٌ لِحَقِّه باعْتِرافِه أنَّه لا بَيْعَ [18]أو لا بَيْعَ[18] صَحِيحٌ . ولو احْتالَ المُشْتَرِى على إسْقاطِ الشُّفْعةِ بحِيلَةٍ لا تُسْقِطُها ، فقال أحَدُ الشَّفِيعَيْنِ : قد أسْقَطْتُ[19] الشُّفْعةَ . تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ ، لِاعْتِرافِ صاحِبِه بسُقُوطِها . ولو تَوَكَّلَ أحدُ الشَّفِيعَيْنِ فى البَيْعِ أو الشِّراءِ[20] ، أو ضَمِنَ عُهْدَةَ المَبِيعِ ، أو عَفَا عن الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، وقال : لا شُفْعةَ لى . كذلك[21] تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ . [22]وإن اعْتَقَدَ أنَّ له شُفْعةً ، وطَالَبَ بها ، فارْتَفَعا[23] إلى حاكِمٍ ، فحَكَمَ بأنَّه لا شُفْعةَ له ، تَوَفَّرَتْ على الآخَرِ[22] ؛ / لأنَّها سَقَطَتْ بحُكْمِ الحاكِمِ ، فأشْبَهَ ما لو سَقَطَتْ بإسْقاطِ المُسْتَحِقِّ . ٥٨/٥و

**فصل** : إذا ادَّعَى رَجُلٌ على آخرَ ثُلُثَ دارِهِ ، فأنْكَرَهُ[24] ، ثم صَالَحه عن دَعْواه بثُلُثِ دارٍ أُخرَى ، صَحَّ ، ووَجَبَتِ الشُّفْعةُ فى الثُّلُثِ[25] المُصَالَحِ به ؛ لأنَّ المُدَّعِىَ يَزْعُمُ أنَّه مُحِقٌّ فى دَعْواه ، وأنَّ ما أخَذَه عِوَضٌ عن الثُّلُثِ الذى ادَّعاه ، فلَزِمَهُ حُكْمُ دَعْواه ووَجَبَتِ الشُّفْعةُ ، ولا شُفْعةَ على المُنْكِرِ فى الثُّلُثِ المُصَالَحِ عنه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه على مِلْكِه لم يَزُلْ ، وإنَّما دَفَعَ ثُلُثَ دارِهِ إلى المُدَّعِى اكْتِفاءً لِشَرِّه ، ودَفْعًا لِضَرَرِ الخُصُومةِ واليَمِينِ على نَفْسِه ، فلم تَلْزَمْهُ فيه شُفْعةٌ . وإن قال المُنْكِرُ لِلْمُدَّعِى : خُذ الثُّلُثَ الذى

---

(١٨ - ١٨) سقط من : م .

(١٩) فى ب ، م : « سقطت » .

(٢٠) فى ب : « والشراء » .

(٢١) فى النسخ : « لذلك » .

(٢٢ - ٢٢) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٣) فى الأصل ، م : « فارتفع » .

(٢٤) فى م : « فأنكر » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

تَدَّعِيه بِثُلُثِ دَارِكَ . ففعَلَ ، فلا شُفْعةَ على المُدَّعِي فيما أخَذَه ، وعلى المُنْكِرِ الشُّفْعةُ فى الثُّلُثِ الذى أخَذَه ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أنَّه أخَذَه عِوَضًا عن مِلْكِه الثابتِ له . وقال أصْحابُ الشافِعِىِّ : تَجِبُ الشُّفْعةُ(٢٦ فى الثُّلُثِ الذى أخَذَه المُدَّعِي أيضا ؛ لأنَّهما مُعاوَضَةٌ من الجانِبَيْن بِشِقْصَيْن ، فوَجَبَتِ الشُّفْعةُ٢٦) فيهما ، كما لو كانت بين مُقِرَّيْن . ولَنا ، أنَّ المُدَّعِيَ يَزْعُمُ أنَّ ما أخَذَه كان مِلْكًا له قبلَ الصُّلْحِ ، ولم يَتَجَدَّدْ(٢٧) له عليه مِلْكٌ ، وإنَّما اسْتَنْقَذَه بصُلْحِه(٢٨) ، فلم تَجِبْ فيه شُفْعةٌ كما لو أقَرَّ به(٢٩) .

**فصل** : إذا كانت دارٌ بين ثَلاثَةٍ أثْلاثًا ، فاشْتَرَى أحَدُهُم نَصِيبَ أحدِ شَرِيكَيْه ، ثم باعَه لأجْنَبِىٍّ ، ثم عَلِمَ شَرِيكُه ، فله أن يَأْخُذَ بالعَقْدَيْنِ ، وله الأخْذُ(٣٠ بأحَدِهِما ؛ لأنَّه شَرِيكٌ فيهما . فإن أخَذَ بالعَقْدِ الثانى ، أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ مُشْتَرِيه ؛ لأنَّه لا شَرِيكَ له فى شُفْعَتِه . وإن أخَذَ بالعَقْدِ٣٠) الأوَّلِ(٣١) ، ولم يَأْخُذْ بالثانى ، أخَذَ نِصْفَ المَبِيعِ ، وهو السُّدُسُ ؛ لأنَّ المُشْتَرِيَ شَرِيكُه فى شُفْعَتِه ، ويَأْخُذُ نِصْفَه من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، ونِصْفَه من المُشْتَرِى الثانى ؛ لأنَّ شَرِيكَه لمَّا اشْتَرَى الثُّلُثَ ، كان بينهما نِصْفَيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما السُّدُسُ ، فإذا باعَ الثُّلُثَ من جَمِيعِ ما فى يَدِه ، وفى يَدِه ثُلُثانِ ، فقد باعَ نِصْفَ ما فى يَدِه ، والشَّفِيعُ يَسْتَحِقُّ رُبْعَ ما فى يَدِه ، وهو السُّدُسُ ، فصارَ مُنْقَسِمًا فى يَدَيْهِما نِصْفَيْنِ ، فيَأْخُذُ من كلِّ واحِدٍ منهما نِصْفَه ، وهو نِصْفُ السُّدُسِ ، ويَدْفَعُ ثَمَنَه إلى الأوَّلِ ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمنِ الذى اشْتَرَى به ، وتكونُ المَسْألَةُ من اثْنَىْ عَشَرَ ، ثم تَرْجِعُ إلى أرْبَعَةٍ ، لِلشَّفِيعِ نِصْفُ الدّارِ ، ولكلِّ واحِدٍ من الآخَرَيْنِ الرُّبْعُ . وإن أخَذَ بالعَقْدَيْنِ ، أخَذَ جَمِيعَ ما فى يَدِ الثانى ، ورُبْعَ ما فى يَدِ الأوَّلِ ، فصارَ له

---

(٢٦ - ٢٦) سقط من : الأصل . نقلة نظر .

(٢٧) فى ب : « يجدد » .

(٢٨) فى م : « بعلمه » .

(٢٩) فى ب : « له » .

(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى الأصل : « بالأول » .

ثَلاثَةُ أرْباعِ الدَّارِ ، ولِشَرِيكِه الرُّبْعُ ، ويَدْفَعُ إلى الأوَّلِ نِصْفَ الثَّمنِ الأوَّلِ ، ويَدْفَعُ إلى الثانى ثَلاثَةَ / أرْباعِ[٣٢] الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ برُبْعِ الثَّمنِ الثانى[٣٣] ؛ لأنَّه يأْخُذُ نِصْفَ ما اشْتَراهُ الأوَّلُ ، وهو السُّدُسُ ، فيَدْفَعُ إليه نِصْفَ الثمنِ لذلك ، وقد صارَ نصفُ هذا النِّصْفِ فى يَدِ الثانى ، وهو رُبْعُ ما فى يَدِه ، فيأْخُذُه منه ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بثَمَنِه ، ويَبْقَى المأْخوذُ من الثانى ثَلاثَةَ أرْباعِ ما اشْتَراه ، فأَخَذَها منه ، ودَفَعَ إليه ثَلاثَةَ أرْباعِ الثَّمنِ . وإن كان المُشْتَرِى الثانى هو البائِعَ الأوَّلَ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا ، لا يَخْتَلِفُ . وإن كانت الدارُ بين الثَّلاثَةِ أرْباعًا ، لأَحدِهم نِصْفُها ، وللآخَرَيْنِ نِصْفُها بينهما ، فاشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ من أحدِ شَرِيكَيْه رُبْعَه ، ثم باعَ رُبْعًا ممَّا فى يَدِه لأَجْنَبِىٍّ ، ثم عَلِمَ شَرِيكُه فأَخَذَ بالبَيْعِ الثانى ، أَخَذَ جَمِيعَه ، ودَفَعَ إلى المُشْتَرِى ثَمَنَه . وإن أَخَذَ بالبَيْعِ الأوَّلِ وَحدَه ، أَخَذَ ثُلُثَ المَبِيعِ ، وهو نِصْفُ سُدُسٍ ؛ لأنَّ المَبِيعَ كلَّه رُبْعٌ ، فثُلُثُه نِصْفُ سُدُسٍ ، يأْخُذُ ثُلُثَه[٣٤] من المُشْتَرِى الأوَّلِ ، وثُلُثَه من الثانى ، ومَخْرَجُ ذلك من سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، النِّصْفُ ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، ولكلِّ واحِدٍ منهما تِسْعَةٌ ، فلما اشْتَرَى صاحِبُ النِّصْفِ تِسْعَةً ، كانت شُفْعَتُها بينَه وبينَ شَرِيكِه الذى لم يَبِعْ أثْلاثًا ، لِشَرِيكِه ثُلُثُها ثَلاثَة ، فلمَّا باعَ صاحِبُ النِّصْفِ ثُلُثَ ما فى يَدِه ، حَصَلَ فى المَبِيعِ من الثَّلاثَةِ ثُلُثُها ، وهو سَهْمٌ بَقِىَ فى يَدِ البائعِ منها سَهْمانِ ، فتُرَدُّ الثَّلاثَةُ إلى الشَّرِيكِ ، ويَصِيرُ فى يَدِه اثْنا عَشَرَ ، وهى الثُّلُثُ ، ويَبْقَى فى يَدِ المُشْتَرِى الثانى ثَمانِيَةٌ ، وهى تُسْعانِ[٣٥] ، وفى يَدِ صاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وهى أرْبَعَةُ أتْساعٍ[٣٦] ، ويَدْفَعُ الشَّرِيكُ الثَّمَنَ إلى المُشْتَرِى الأوَّلِ[٣٧] ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى عليه بتُسْعِ الثَّمنِ الذى

٥٨/ظ

---

(٣٢) فى ب زيادة : « الثمن » .

(٣٣) فى الأصل : « الأول ثانى مرة » .

(٣٤) فى الأصل : « ثلثيه » .

(٣٥) فى الأصل : « سبعان » .

(٣٦) فى الأصل : « أسباع » .

(٣٧) فى ب : « الثانى » .

اشْتَرَى به ؛ لأنّه قد أخَذَ منه تُسْعَ مَبِيعِه . وإن أخَذَ بالعَقْدَيْنِ ، أخَذَ من الثانى جَمِيعَ ما فى يَدِه ، وأخَذَ من الأوَّلِ نِصْفَ التُّسْعِ ، وهو سَهْمانِ ، من سِتَّةٍ وثَلاثِين ، فيَصِيرُ فى يَدِه عِشْرُونَ سَهْمًا ، وهى خَمْسَةُ أتْساعٍ[38] ، ويَبْقَى فى يَدِ الأوَّلِ سِتَّةَ عَشَرَ سَهْمًا ، وهى أرْبعةُ أتْساعٍ[38] ، ويَدْفَعُ إليه ثُلُثَ الثَّمَنِ الأوَّلِ ، ويَدْفَعُ إلى الثانى ثَمانِيةَ أتْساعٍ[38] الثَّمَنِ الثانى ، ويَرْجِعُ الثانى على الأوَّلِ بِتُسْعِ الثَّمَنِ الثانى .

**فصل** : إذا كانت دارٌ بين ثَلاثةٍ ، لِزَيْدٍ نِصْفُها ، ولِعَمْرٍو ثُلُثُها ، ولِبَكْرٍ سُدُسُها ، فاشْتَرَى بَكْرٌ من زَيْدٍ ثُلُثَ الدارِ ، ثم باعَ عَمْرًا سُدُسَها / ، ولم يَعْلَمْ عَمْرٌو[39] بشِرَائِه للثُّلُثِ[39] ، ثم عَلِمَ ، فله المُطَالَبَةُ بحَقِّه من شُفْعةِ الثُّلُثِ ، وهو ثُلُثَاه ، وذلك تُسْعَا الدَّارِ ، فيَأْخُذُ من بَكْرٍ ثُلُثَىْ ذلك ، وقد حَصَلَ ثُلُثُه الباقِى فى يَدِه بشِرَائِه للسُّدُسِ ، فيَفْسَخُ بَيْعَه فيه ، ويَأْخُذُه بِشُفْعةِ البَيْعِ الأوَّلِ ، ويَبْقَى من مَبِيعِه خَمْسةُ[40] أتْساعِه ، لِزَيْدٍ ثُلُثُ شُفْعَتِه ، فيُقْسَمُ بينهما أثْلاثًا . وتَصِحُّ المَسْأَلَةُ من مائةٍ واثْنَيْنِ وسِتِّينَ سَهْمًا ، الثُّلُثُ المَبِيعُ أرْبَعةٌ وخَمْسُونَ سَهْمًا[41] ، لِعَمْرٍو ثُلُثاها بِشُفْعَتِه سِتَّةٌ وثَلَاثُون سَهْمًا ، يأْخُذُ ثُلُثَيْها من بَكْرٍ ، وهى أرْبَعةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا ، وثُلُثُها فى يَدِه اثْنَا عَشَرَ سَهْمًا ، والسُّدُسُ الذى اشْتَراه سَبْعةٌ وعِشْرُونَ سَهْمًا[42] ، قد أخَذَ منها اثْنَىْ عَشَرَ بالشُّفْعةِ ، بَقِىَ منها خَمْسَةَ عَشَرَ ، له ثُلُثاها عَشَرَةٌ ، ويَأْخُذُ منها زَيْدٌ خَمْسةً ، فحَصَلَ لِزَيْدٍ اثْنانِ وثَلاثُونَ سَهْمًا ، ولِبَكْرٍ ثَلاثُونَ سَهْمًا ، ولِعَمْرٍو مائةُ سَهْمٍ ، وذلك نِصْفُ الدّارِ وتُسْعُها ونِصْفُ تُسْعِ[42] تُسْعِها ، ويَدْفَعُ عَمْرٌو إلى بَكْرٍ ثُلُثَىِ الثَّمنِ فى البَيْعِ[42]

---

(38) فى الأصل : « أسباع » .

(39) فى ب ، م : « بشراء الثلث » .

(40) سقط من : ب .

(41) سقط من : الأصل ، ب .

(42) سقط من : الأصل .

الأَوَّلِ ، وعليه وعلى زَيْدٍ خَمْسَةُ أَتْساعِ الثَمَنِ الباقى بينهما أَثْلاثًا . وإن عَفَا عَمْرٌو عن شُفْعةِ الثُّلُثِ ، فشُفْعَةُ السُّدُسِ الذى اشْتَراه بينه وبين زَيْدٍ أَثْلاثًا ، ويَحْصُلُ لِعَمْرو أَرْبَعةُ أَتْساعِ الدَّارِ ، ولزَيْدٍ[٤٣] تُسْعاها ، ولِبَكْرٍ ثُلُثُها ، وتَصِحُّ من تِسْعةٍ[٤٤] ، وإن باعَ بَكْرٌ السُّدُسَ لأَجْنَبِيٍّ ، فهو كَبَيْعِه إيَّاه لِعَمْرٍو ، إلَّا أَنَّ لِعَمْرٍو العَفْوَ عن شُفْعَتِه فى السُّدُسِ ، بخِلَافِ ما إذا كان هو المُشْتَرِى ، فإنَّه لا يَصِحُّ عَفْوُه عن نَصِيبِه منها . وإن باعَ بَكْرٌ الثُّلُثَ لأَجْنَبِيٍّ ، فلِعَمْرٍو ثُلُثَا شُفْعةِ المَبِيعِ الأَوَّلِ ، وهو التُّسْعانِ[٤٥] ، يَأْخُذُ ثُلُثَهُما من بَكْرٍ ، وثُلُثَهُما[٤٦] من المُشْتَرِى الثانى ، وذلك تُسْعٌ وثُلُثُ تُسْعٍ ، يَبْقَى فى يَدِ الثانى سُدُسٌ وسُدُسُ تُسْعٍ ، وهو عَشَرَةٌ من أَرْبَعةٍ وخَمْسِينَ بين عَمْرٍو وزَيْدٍ أَثْلاثًا . وتَصِحُّ أيضا من مائةٍ واثْنَيْنِ وسِتِّينَ ، ويَدْفَعُ عَمْرٌو إلى بَكْرٍ ثُلُثَىْ ثمنِ مَبِيعِه ، ويَدْفَعُ هو وزَيْدٌ إلى المُشْتَرِى الثانى ثَمَنَ خَمْسَةِ أَتْساعِ[٤٧] مَبِيعِه بينهما أَثْلاثًا ، ويَرْجِعُ المُشْتَرِى الثانى على بَكْرٍ بثَمَنِ أَرْبَعةِ أَتْساعِ مَبِيعِه . وإن لم يَعْلَمْ عَمْرٌو حتى باعَ ممَّا فى يَدِه[٤٨] سُدُسًا ، لم تَبْطُلْ شُفْعَتُه ، فى أحدِ الوُجُوه ، وله أن يَأْخُذَ بها كما لو لم يَبِعْ شَيْئًا . الثانى ، تَبْطُلُ شُفْعَتُه كلُّها . والثالث ، تَبْطُلُ فى قَدْرِ ما باعَ ، وتَبْقَى فيما لم يَبِعْ . وقد ذَكَرْنا تَوْجِيهَ هذه الوُجُوه . فأمَّا / شُفْعَةُ ما باعَه ففيها ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أنَّها بين المُشْتَرِى الثانى وزَيْدٍ وبَكْرٍ أَرْباعًا ، لِلمُشْتَرِى نِصفُها ، ولكلِّ واحِدٍ منهما رُبْعُها ، على قَدْرِ[٤٩] أَمْلاكِهم حين بَيْعِه . والثانى ، أنَّها بين زَيْدٍ وبَكْرٍ ، على أَرْبَعة عَشَرَ سَهْمًا ، لِزَيْدٍ تِسْعَةٌ ، ولِبَكْرٍ خَمْسةٌ ؛ لأنَّ لِزَيْدٍ السُّدُسَ ، ولِبَكْرٍ سُدُسٌ يَسْتَحِقُّ منه أَرْبَعَةَ أَتْساعِه[٥٠] بالشُّفْعةِ ، فيَبْقَى معه خَمْسَةَ أَتْساعِ[٥١] السُّدُسِ ، مِلْكُه مُسْتَقِرٌّ عليها ، فأَضَفْناه إلى سُدُسِ زَيْدٍ ،

٥٩/٥ظ

---

(٤٣) فى ب ، م : « لزيد » دون الواو .

(٤٤) فى الأصل : « سبعة » خطأ .

(٤٥) فى الأصل : « السبعان » .

(٤٦) فى الأصل : « وثلثيها » .

(٤٧) فى م : « أسباع » .

(٤٨) فى الأصل : « يديه » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) فى الأصل : « أسباعه » .

(٥١) فى الأصل : « أسباع » .

وقَسَمْنا الشُّفْعَةَ على ذلك ، ولم نُعْطِ المُشْتَرِىَ الثانى ولا بَكْرًا بالسِّهَامِ المُسْتَحَقَّةِ بالشُّفْعةِ شَيْئًا ؛ لأنَّ المِلْكَ عليها غيرُ مُسْتَقِرٍّ . والثالث ، إن عَفَا لهم عن الشُّفْعةِ ، اسْتَحَقُّوا بها . وإن أُخِذَتْ بالشُّفْعةِ لم يَسْتَحِقُّوا بها شَيْئًا . وإن عَفَا عن بعضِهم دُونَ بعضٍ ، اسْتَحَقَّ المَعْفُوُّ عنه بسِهَامِه دُونَ غيرِ المَعْفُوِّ عنه . وما بَطَلَتِ الشُّفْعةُ فيه بِبَيْعِ عَمْرٍو ، فهو بمَنْزِلَةِ المَعْفُوِّ عنه ، فيُخَرَّجُ فى قَدْرِه وَجْهانِ . ولو اسْتَقْصَيْنا فُرُوعَ هذه المسألةِ[٥٢] على سَبيلِ البَسْطِ ، لَطَالَ ، وخَرَجَ[٥٣] إلى الإمْلالِ .

**فصل** : وإذا كانت دارٌ بين أرْبَعةٍ أرْباعًا ، فاشْتَرَى اثْنانِ منهم نَصِيبَ أحَدِهِم ، اسْتَحَقَّ الرّابعُ الشُّفْعةَ عليهما[٥٤] ، واسْتَحَقَّ كلُّ واحدٍ من المُشْتَرِيَيْنِ الشُّفْعةَ على صَاحِبه . فإن طَالَبَ كلُّ واحدٍ منهم بشُفْعَتِه ، قُسِّمَ المَبِيعُ بينهم أثْلاثًا ، وصارتِ الدارُ بينهم كذلك . وإن عَفَا الرابعُ وحدَه ، قُسِّمَ المَبِيعُ بين المُشْتَرِيَيْنِ نِصْفَيْنِ . وكذلك إن عَفَا الجَمِيعُ عن شُفْعَتِهِم ، فيَصِيرُ لهما ثلاثةُ أرْباعِ الدارِ ، وللرَّابعِ الرُّبْعُ بحالِه . وإن طَالَبَ الرابعُ وحدَه ، أخَذَ منهما نِصْفَ المَبِيعِ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما له من المِلْكِ مثلُ ما لِلْمُطَالِبِ ، فشُفْعَةُ مَبِيعِه بينه وبينَ شَفِيعِه نِصْفَيْنِ ، فيَحْصُلُ للرابعِ ثلاثةُ أثْمانِ الدارِ ، وباقِيها بينهما نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من سِتَّةَ عَشَرَ . وإن طَالَبَ الرابعُ وحدَه أحَدَهُما دُونَ الآخَرِ ، قاسَمه الثمنَ نِصْفَيْنِ ، فيَحْصُلُ لِلْمَعْفُوِّ عنه ثلاثةُ أثْمانٍ ، والباقِى بينَ الرابعِ والآخَرِ نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من سِتَّةَ عَشَرَ . وإن عَفَا أحدُ المُشْتَرِيَيْنِ ، ولم يَعْفُ الآخرُ ولا الرابعُ ، قُسِّمَ مَبِيعُ المَعْفُوِّ عنه بينه وبينَ الرابعِ نِصْفَيْنِ ، ومَبِيعُ الآخرِ بَيْنَهم أثْلاثًا ، فيَحْصُلُ للذى لم يَعْفُ عنه رُبْعٌ وثُلُثُ ثُمْنٍ ، وذلك سُدُسٌ وثُمْنٌ ، والباقى بين الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وتَصِحُّ من ثَمانِية وأرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ عن / أحَدِهِما ، ولم يَعْفُ أحَدُهُما عن صاحِبِه ، أخَذَ ممَّن لم يَعْفُ عنه ثُلُثَ الثمنِ ، والباقى بينهما نِصْفَيْنِ ، ويكونُ الرابعُ كالعافِى فى التى قبلها . وتَصِحُّ أيضًا من ثَمانية وأرْبَعِينَ . وإن عَفَا الرابعُ ،

٦٠/٥ و

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) فى ب : « وأفضى » .

(٥٤) فى الأصل : « عليها » .

أو أحَدُهما[55] عن الآخرِ ، ولم يَعْفُ الآخرُ ، فلغيرِ العافِى رُبْعٌ وسُدُسٌ ، والباقِى بين العافِيَيْنِ نِصْفَيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما سُدُسٌ وثُمْنٌ[56] ، وتَصِحُّ من أرْبَعة وعِشْرِينَ . وما يُفَرَّعُ من المَسائِلِ فهو على مَسَاقِ ما ذَكَرْناه .

## ٨٨٥ - مسألة ؛ قال : ( وَلَا شُفْعَةَ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ )

وجملةُ ذلك أنَّ الذِّمِّىَّ إذا باعَ شَرِيكُه شِقْصًا لِمُسْلِمٍ ، فلا شُفْعةَ له عليه . رُوِى ذلك عن الحَسَنِ[1] ، والشَّعْبِىِّ . ورُوِى عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبد العزيز ، أنَّ له الشُّفْعةَ . وبه قال النَّخَعِىُّ ، وإياسُ بن مُعَاوِيَةَ ، وحَمّادُ بن أبى سليمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، والشَّافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأصْحابُ الرأى ؛ لِعُمُومِ قولِه عليه السلام : « لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ حَتَّى يَسْتَأْذِنَ شَرِيكَهُ ، وإنْ بَاعَهُ ، ولم يُؤْذِنْهُ ، فَهُوَ أحَقُّ به »[2] . ولأنَّه خِيارٌ ثابتٌ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بالشِّراءِ ، فاسْتَوَى فيه المُسْلِمُ والكافِرُ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ . ولَنا ، ما رَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ ، فى كِتابِ « العِلَلِ »[3] ، بإسْنادِه عن أنسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لا شُفْعةَ لِنَصْرَانِىٍّ »[4] . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما احْتَجُّوا به . ولأنَّه مَعْنًى يَمْلِكُ به ، يَتَرَتَّبُ[5] على وُجُودِ مِلْكٍ مَخْصُوصٍ ، فلم يَجِبْ لِلذِّمِّىِّ على المُسْلِمِ ، كالزَّكاةِ . ولأنَّه مَعْنًى يَخْتَصُّ[6] العَقَارَ ، فأشْبَهَ الاسْتِعْلاءَ فى البُنْيانِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الشُّفْعةَ إنَّما ثَبَتَتْ لِلمُسْلِمِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ عن مِلْكِه ، فقُدِّمَ[7] دَفْعُ ضَرَرِه على دَفْعِ ضَرَرِ المُشْتَرِى ، ولا يَلْزَمُ

---

(٥٥) فى ب ، م : « وأحدهما » .

(٥٦) فى م : « ثمن » .

(١) فى الأصل : « الحسين » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٣٥ .

(٣) فى الأصل : « اللعان » .

(٤) وذكره الهيثمى ، فى : باب الشفعة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد ٤ / ١٥٩ .

(٥) فى ب : « مترتب » .

(٦) فى ب زيادة : « به » .

(٧) فى الأصل : « وقام » .

من تَقْدِيمِ دَفْعِ ضَرَرِ المُسْلِمِ على المُسْلِمِ تَقْدِيمُ دَفْعِ ضَرَرِ الذِّمِّيِّ ، فإنَّ حَقَّ المُسْلِمِ أَرْجَحُ ، ورِعَايَتَهُ أَوْلَى . ولأنَّ ثُبوتَ الشُّفْعةِ فى مَحلِّ الإجْماعِ ، على خِلَافِ الأَصْلِ ، رِعَايةً لِحَقِّ الشَّرِيكِ المُسْلِمِ ، وليس الذِّمِّىُّ فى مَعْنَى المُسْلِمِ ، فيَبْقَى فيه على مُقْتَضَى الأَصْلِ . وتَثْبُتُ الشُّفْعةُ لِلمُسْلِمِ على الذِّمِّىِّ ؛ لِعُمومِ الأَدِلَّةِ المُوجِبَةِ ، ولأنَّها إذا ثَبَتَتْ فى حَقِّ المُسْلِمِ على المُسْلِمِ مع عِظَمِ حُرْمَتِه[8] ، ورِعَايةِ حَقِّه ، فلأَنْ تَثْبُتَ على الذِّمِّىِّ مع دَنَاءَتِه ، أَوْلَى وأَحْرَى .

**فصل** : وتَثْبُتُ للذِّمِّىِّ على الذِّمِّىِّ ؛ لِعُمُومِ الأَخْبارِ ، ولأنَّهما تَسَاوَيَا فى الدِّينِ والحُرْمةِ ، فتَثْبُتُ لأَحَدِهِما على الآخَرِ ، كالمُسْلِمِ على المُسْلِمِ . / ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن تَبَايَعُوا بِخَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وأَخَذَ الشَّفِيعُ[9] بذلك ، لم يُنْقَضْ ما فَعَلُوه . وإن كان التَّقَابُضُ جَرَى بين المُتَبايِعَيْنِ دُونَ الشَّفِيعِ ، وتَرَافَعُوا إلينا ، لم نَحْكُمْ له بالشُّفْعةِ . وبهذا قال الشَّافِعِىُّ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن تَبَايَعُوا بِخَمْرٍ ، وقُلْنا : هى مالٌ لهم . حَكَمْنا لهم بالشُّفْعةِ . وقال أبو حنيفةَ : تَثْبُتُ الشُّفْعةُ إذا كان الثَّمَنُ خَمْرًا ؛ لأنَّها مالٌ لهم ، فأَشْبَهَ ما لو تَبَايَعُوا بِدَرَاهِمَ ، لكنْ إن كان الشَّفِيعُ ذِمِّيًّا أَخَذَه بمِثْلِه ، وإن كان مُسْلِمًا أَخَذَه بِقِيمَةِ الخَمْرِ . ولَنا ، أنَّه بَيْعٌ عُقِدَ بِخَمْرٍ ، فلم تَثْبُتْ فيه الشُّفْعَةُ ، كما لو كان بين مُسْلِمَيْنِ ، ولأنَّه عَقْدٌ بثَمَنٍ مُحَرَّمٍ ، أَشْبَهَ البَيْعَ بالخِنْزِيرِ والمَيْتَةِ ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الخَمْرَ مالٌ لهم ، فإنَّ اللهَ تعالى حَرَّمَه ، كما حَرَّمَ الخِنْزِيرَ ، واعْتِقَادُهُم حِلَّه لا يَجْعَلُه مالًا كالخِنْزِيرِ ، وإنَّما لم يُنْقَضْ عَقْدُهُم إذا تَقَابَضُوا ، لأنَّنا لا نَتَعَرَّضُ لما فَعَلُوه ممَّا يَعْتَقِدُونه فى دِينِهِم ، ما لم يَتَحاكَمُوا إلينا قبلَ تَمامِه ، ولو تَحاكَمُوا إلينا قبلَ التَّقابُضِ لَفَسَخْناه .

**فصل** : فأمَّا أَهْلُ البِدَعِ ، فمَن حُكِمَ بإسْلَامِه فلَه الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه مُسْلِمٌ ، فتَثْبُتُ له الشُّفْعةُ ، كالفاسِقِ بالأفعالِ ، ولأنَّ عُمُومَ الأَدِلَّةِ يَقْتَضِى ثُبُوتَها لكلِّ شَرِيكٍ ، فيَدْخُلُ

٦٠/٥ ظ

---

(٨) فى ب : « حقه » .

(٩) فى ب : « الجميع » .

فيها . وقد رَوَى حَرْبٌ أنَّ أحمدَ سُئِلَ عن أصحابِ[10] البِدَعِ ، هل لهم شُفْعةٌ ، ويُرْوَى عن ابن إدْرِيسَ ، أنَّه قال : ليس للرَّافِضَةِ شُفْعةٌ ؟ فضَحِكَ ، وقال : أرادَ أن يُخْرِجَهُم من الإسْلامِ . فظاهِرُ هذا أنَّه أثْبتَ لهم الشُّفْعة . وهذا مَحْمُولٌ على غيرِ الغُلَاةِ منهم ، وأمَّا من غَلَا[11] ، كالمُعْتَقِدِ أنَّ جِبْرِيلَ غَلِطَ فى الرِّسَالةِ فجاء إلى النبيِّ ﷺ ، وإنَّما أُرْسِلَ إلى عَلِيٍّ ، ونحوِه ، ومَن حُكِمَ بكُفْرِه من الدُّعَاةِ إلى القَوْلِ بخَلْقِ القُرْآنِ ، فلا شُفْعةَ له ؛ لأنَّ الشُّفْعةَ إذا لم تَثْبتْ لِلذِّمِّيِّ الذى يُقَرُّ على كُفْرِه ، فغيرُه أَوْلَى .

**فصل** : وتَثْبتُ الشُّفْعةُ لِلْبَدَوِيِّ على القَرَوِيِّ ، ولِلقَرَوِيِّ على البَدَوِيِّ . فى قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . وقال الشَّعْبِيُّ والْبَتِّيُّ : لا شُفْعةَ لمَن لم يَسْكُنِ المِصْرَ . ولَنا ، عُمُومُ الأدِلَّةِ ، واشْتِرَاكُهما فى المَعْنَى المُقْتَضِى لِوُجوبِ الشُّفْعةِ .

**فصل** : قال أحمدُ ، فى رِوايةِ حَنْبلٍ : لا نَرَى فى أرْضِ السَّوَادِ شُفْعةً ؛ وذلك لأنَّ أرْضَ السَّوادِ مَوْقُوفَةٌ ، وَقَفَها عُمَرُ رَضِىَ اللهُ عنه على المُسْلِمِينَ ، ولا يَصِحُّ بَيْعُها ، والشُّفْعةُ إنَّما تكونُ فى البَيْعِ . وكذلك الحُكْمُ فى سائِرِ الأرْضِ التى وَقَفَها عمرُ رَضِىَ اللهُ عنه ، وهى التى / فُتِحتْ عَنْوَةً فى زَمَنِه ، ولم يَقْسِمْها ، كأرْضِ الشَّامِ ، وأرْضِ مِصْرَ . وكذلك كلُّ أرْضٍ فُتِحتْ عَنْوَةً ، ولم تُقسَّمْ بين الغانِمِينَ ، إلَّا أن يَحْكُمَ بِبَيْعِ ذلك حاكِمٌ ، أو يَفْعَلَه الإمامُ أو نائِبُه ، فإن فَعَلَ ذلك ، ثَبَتَتْ فيه الشُّفْعةُ ؛ لأنَّه فَصْلٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، ومتى حَكَمَ الحاكِمُ فى المُخْتَلَفِ فيه بشىءٍ ، نَفَذَ حُكْمُه . واللهُ أعلمُ .

٥/٦١و

(١٠) فى ب : « أهل » .

(١١) فى ب : « غالى منهم » .